

# عملیات البنوک

الجزء الأول

الكفالات المصرفية وخطابات الضمان

تأليف

القاضي

الذکر محمد عبدالکبیر

١٤١٣ هـ - ١٩٩٢ م



# عمليات البنوك

## الجزء الأول

### الكفالات المصرفية وخطابات الضمان

دراسة متعمقة للاعتماد المصرفي بالضمان

من الناحية القانونية

تشمل خصم وتحصيل ورهن

الأوراق التجارية

تأليف

القاضي

الدكتور محمود الكيلاني

١٤١٣هـ - ١٩٩٢م

---

الناشر : دار الجيب للنشر والتوزيع - عمان : الأردن

هاتف ٦٦٢٥٤٠ - فاكس ٦٦٢٥٤١ - ص.ب ٩٥٠٥٦٥

حقوق الطبع محفوظة للمؤلف

الطبعة الأولى

١٤١٣ هـ - ١٩٩٢ م

٣٤٦٠٠٩

محم

محمود الكيلاني

عمليات البنوك ، الكفالات المصرفية وخطابات

الضمان / محمود الكيلاني - عمان : (د.ق) ، ١٩٩٢

٠ ص (٣٥٢)

٠ ر ١٠١ / ٢٤١٢ / ٤ / ١٩٩٢

١ - القانون - الكفالات المصرفية

١ - العنوان

( تمت الفهرسة بمعرفة المكتبة الوطنية )

اهداءات ١٩٩٧

السفير / هاني رياض علي

السفارة المصرية بالأردن

الطابون

جمعية عمال المطابع

عمان - هاتف ٦٣٧٧٧١ - ص.ب ٨٥٧

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

وَمِنْ أَهْلِ الْكِتَابِ مَنْ إِنْ تَأْمَنَهُ بِقِطْعَةٍ  
يُؤْذِيهِ إِلَيْكَ وَمِنْهُمْ مَنْ إِنْ تَأْمَنَهُ بِدِينَارٍ  
لَا يُؤْذِيهِ إِلَيْكَ إِلَّا مَا دُمْتَ عَلَيْهِ قَائِمًا •

صدق الله العظيم

سورة آل عمران

آية ٧٥



## تصديير

اشتمل هذا المؤلف على الجزء الأول من عمليات البنوك الباحث في الاعتماد المالي بالضمان ، وناقشنا فيه الكفالات المصرفية وخطابات الضمان وعمليات البنوك في مجال الأوراق التجارية •

وخصص الباب الأول للحديث عن الكفالات المصرفية ، تلك الصكوك التي تصدرها البنوك لتضمن عملاءها في مواجهة دائيتهم ، وقلنا ان هذه الصكوك هي عقود تحكمها القواعد العامة في القانون من حيث ان الالتزام الناشئ عنها يتبع الالتزام الأصلي •

وميزنا بين الكفالات المصرفية ، وغيرها من العمليات التي تقوم بها البنوك ، وأوضحنا آثارها من حيث الالتزامات المترتبة على البنك في مواجهة دائتي عميله ، وجزء الاخلال بهذه الالتزامات •

وخصص الباب الثاني للحديث عن خطابات الضمان المصرفية ، تلك الصكوك التي تصدرها البنوك وتمثل إحدى صور الكفالة المصرفية ، وقرونا انها تمتاز بخصائص لا توجد في الكفالة ، ومن هذه الخصائص ان الالتزامات الناشئة عن هذه الخطابات مستقلة عن الالتزامات التي كانت سبب نشوئها ، بالإضافة الى ان هذه الالتزامات منبئة الصلة بعقد الأساس ، وان التزام البنك مستقل ويات ونهائي ، ولا يجوز الامتناع عن الوفاء بقيمته رغم معارضة المدين المكفول •

وخصص الباب الثالث من هذه الدراسة لمناقشة عمليات البنوك في مجال الأوراق التجارية وفق ما ورد في قانون التجارة وهي الخصم والتحصيل والرهن •

ولم يفتنا ان نركز على النقص في التشريع واقترحنا في سياق الحديث  
اسلوب معالجة هذا النقص في نطاق الكفالات المصرفية وخطابات الضمان ،  
واستعنا بأهل الرأي والمشورة ونتوجه اليهم وإلى كل من قدم العون في  
إنجاز هذا العمل بجزيل الشكر والتقدير .

**المؤلف**

عمان

الأول من حزيران ١٩٩٢



## مقدمہ



## ١ - تعريف البنوك التجارية :

عرف قانون البنوك الأردني رقم ٢٤ لسنة ١٩٧١ البنك بأنه « الشركة التي رخص لها بمعاملي الأعمال المصرفية وفق أحكام هذا القانون » ، وعرف ذات القانون الأعمال المصرفية بأنها « جميع الخدمات المصرفية لا سيما قبول الودائع واستعمالها مع الموارد الأخرى للبنك في الاستثمار كلياً أو جزئياً بالاقتراض أو بأية طريقة أخرى يسمح بها القانون » (١) .

وتقوم البنوك وفق التعريف القانوني بمعاملي الأعمال المصرفية وبشكل خاص قبول الودائع واستعمالها على نحو يتضح انها تقبل بصورة معتادة الودائع ذات الآجال ومنح الائتمان ، وتكون هذه الآجال قصيرة كما هو شأن عمليات البنوك التجارية وطويلة كما هو شأن عمليات البنوك غير التجارية التي تمارس عمليات تنمية الادخار والاستثمار المالي ، ويطلق على البنوك غير التجارية بنوك الأعمال (٢) أو بنوك الاستثمار وهذه تمارس أوجه مختلفة من النشاط الاقتصادي وتقوم بتمويل عمليات تجارية خارجية .

وتختلف بنوك الودائع التي تمثل القسم التقليدي من أقسام النظام المصرفي عن بنوك الأعمال والاستثمار ، في ان الأولى عبارة عن مؤسسات

---

(١) انظر نص المادة ٢ من قانون البنوك الأردني ونص المادة ٧٨ من القانون رقم ١٠ لسنة ١٩٨٥ لدولة الإمارات العربية .

(٢) يطلق اصطلاح «بنوك الأعمال» على المؤسسات والشركات التي تمارس عمليات تحصل بجميع وتنمية المشاريع لخدمة الاستثمار وقتاً لخدمة تمويلية ومبادرات لدعم الاقتصاد الوطني وتمارس كذلك قبول المشروعات وشركات الاستثمار ومنحها الائتمان الطويل الأجل ، انظر في هذا الموضوع د. محي الدين اسماعيل علم الدين : موسوعة أعمال البنوك ط ١٩٨٧ من ١٩٠ د. محمد عجمية وصبيحي تافرس : البنوك والتجارة الخارجية ط ١٩٦٧ من ٤٥ وما بعدها .

تعمل في سوق النقد على نحو تتميز عملياتها بميزة خاصة هي سمة طابع الائتمان قصير الأجل بينما تتصف البنوك الأخرى بطابع الائتمان طويل الأجل (٣) .

وهكذا فإن الوظيفة الرئيسية للبنوك التجارية هي قبول ودائع الأفراد والأشخاص من عملة ومعادن ثمينة مقابل الحصول على عمولة ، وتطورت هذه الوظيفة بحيث أصبحت هذه البنوك تقسم لهؤلاء الأفراد والأشخاص القروض من ودائع تملكها أو من ودائع لا تملكها ، أو ودائع ليس لها وجود أساساً (٤) .

---

(٣) انظر د. محمد مجيبة ، د. صبحي كادوس : المراجع السابق ، ص ٤٥ .

(٤) تمارس البنوك عمليات خلق النقود . انظر في هذا الموضوع المراجع المتخصصة في النقود والبنوك المراجع السابق د. حسين نجم الدين : تطور الاقتصاد الدولي ط ١٩٨٤ دار النهضة العربية القاهرة ، د. علي لطفي : التطور الاقتصادي ط ١٩٨٢ مكتبة الشهاب القاهرة .

## ٢ - أهمية البنوك في النظام الاقتصادي :

النظام الاقتصادي في الدولة هو الأساس الذي تتبلور ضمن قواعده الحياة بمناهجها المختلفة ، وإذا كان النظام الاقتصادي العالمي يحدد العلاقات الاقتصادية فيما بين الدول من حيث التبادل التجاري والتجارة الخارجية والحماية الجمركية للبضائع الوطنية أو حرية المنافسة ، فإن النظام الاقتصادي الوطني ، هو السياسة التي تتبناها الدولة من حيث اختيارها أحد الأنظمة المالية السائدة « الرأسمالية ، الاشتراكية ، الشيوعية ، الاقتصاد الحر ، الاقتصاد الموجه ، الاقتصاد المقيّد » .

ولا شك ان أهمية البنوك في الدولة تختلف تبعاً لاختلاف النظام الاقتصادي فيها ، ونحن لا ننوي الخوض في الحديث عن الأنظمة الاقتصادية المختلفة وأثر البنوك التجارية في كل نظام ، لخروج هذا الموضوع عن نطاق دراستنا ، الا أننا مع ذلك سنتبين أهمية هذه البنوك في الحياة الاقتصادية على أساس ان لها دوراً هاماً وبارزاً في اقتصاديات الدولة ، ذلك انها قامت ومنذ أمد طويل بتوفير المال اللازم لعملائها لغايات التجارة وسهلت لهم الوفاء بما يستحق عليهم عن طريق سحب كميات مؤجلة الوفاء ، هذا وأصبح العمل المصرفي فناً يقوم بدور جديد أمكن من خلاله ابتداء عملية خلق النقود . واعتاد الناس قبول التزامات البنوك بدلاً عن النقود في الوفاء ، وتطورت أعمال البنوك وتطورت أهمية الدور الذي تقوم به بتطور الفن المصرفي ذاته ، ذلك ان القروض التي باشرتها البنوك لعملائها كأول وظيفة لم تعد تمارسها بصورتها التقليدية ، انما ابتكرت وسائل جديدة ، وأصبح الائتمان المصرفي يظهر بصورة كبيرة متجددة تتمثل بتحويل التجارة الخارجية ، كالاتمادات المستندية ، وفتح التسهيلات عن طريق إعارة التوقيع كما في الكفالات المصرفية وخطابات الضمان ، وتمويل المشروعات الداخلية والخارجية كما في الحساب الجاري والقروض وخصم الأوراق التجارية (١) .

(١) انظر د . مسيحة القليوبي : القانون التجاري عمليات البنوك - الأوراق التجارية ط ١٩٨٦ ص ٥ هار النهضة العربية ، ونقول « ... » فيمد ان كانت البنوك تقتصر وظيفتها على عمليات الصرف وتجارة النقود ، أصبحت في الوقت الحاضر ميسرة لتمويل المشروعات ومحاذاة لإبداع الصكوك والنقود فضلاً عن كونها مصدراً للائتمان » . وراجع سويلم نصيح . الكفالة المدنية والكفالة المصرفية - محاضرات غير منشورة .

### ٣ - الوظائف الاقتصادية للبنوك :

تقوم البنوك بوظائفها الاقتصادية مهما كان النظام الذي يسري في الدولة ، ذلك لانها الجهاز الفاعل المؤثر في اقتصاد البلاد بصرف النظر عن النظام الاقتصادي ، واسمالي أم اشتراكي أم غير ذلك » .

ولاهمية دور البنوك في الاقتصاد من خلال الوظائف التي تقوم بها والأعمال التي تمارسها ، ونظراً لما تؤثره البنوك في الانتاج والتداول ، فقد سمت بعض الدول الى زيادة الاهتمام بالرقابة على نشاط بعض البنوك ، كما لجأت غيرها الى تأميم البنوك لاعادة سيطرتها على الحياة الاقتصادية .

ونظام البنوك يمد وليد التطور الاقتصادي والاجتماعي ، وابتدأ هذا النظام بفكرة النقود في المصور الوسطى التي بدأت بفكرة الصراف الذي يزيد دخله من مبادلة العملات ، الى ان ظهرت فكرة ايساع النقود الزائدة عن حاجة التجار لدى جهة موثوقة ظهر على اساسها فكرة سحب هذه النقود في أي وقت بموجب شهادات يصدرها البنك تثبت قيامهم بوضع النقود وديعة في البنك ، وكانت هذه الشهادات في بادئ الامر اسمية ويتم تداولها عن طريق التنازل عنها ، وتطورت فكرة الشهادات لتصبح لحاملها بحيث تنتقل من يد الى أخرى بالتسليم (١) .

لذا فان وظائف البنوك يمكن اجمالها في قبول الودائع واقرض الودائع بالاضافة الى اقرض أموالها الخاصة ، ويمكن اعتبار وظيفتي القبول والاقرض مرحلة واحدة في وظائف البنوك ، كما ان البنوك ونتيجة التطور المصرفي أصبحت تقدم لملائها قروضاً من ودائع ليس لها وجود لديها وهو ما يعرف بعملية خلق النقود ، وهذه من أهم وظائف البنوك التجارية وقامت بهذه الوظيفة كنتيجة لقيامها بالوظيفتين السابقتين ، أي قبول الودائع واقرضها ، وتطورت بعد ذلك عمليات البنوك لتؤدي من خلالها

(١) انظر د. محمد عجيبة وصحبي تالدرس : المرجع السابق ، ص ٢٦ ويقول « ويمكن ان نلاحظ ان اوراق البنكنوت التي تصدرها البنوك المركزية في الوقت الحاضر هي اطلاق لتلك الشهادات لحاملها التي كان يصدرها الصيرفي في المصور الماضية » .

هذه البنوك وظائف اقتصادية هامة أصبحت معياراً يقاس به تقدم الدولة وثراؤها بسرعة واتساع نشاط البنوك فيها ، فأصبحت تقوم بوظيفة الائتمان على نطاق واسع تعدي اقليم الدولة الى دول العالم .

ولاننا لا نتناول دراسة البنوك من الناحية الاقتصادية على أساس ان هذا الموضوع يخرج عن نطاق دراستنا فضلاً عن ان هذه المواضيع لها علمها الخاص بها بأصوله وقواعده ونظرياته ، فاننا سنوجه دراستنا نحو موضوعات ذات صلة مباشرة بعمليات البنوك ليس من ناحيتها الاقتصادية بل من ناحيتها القانونية ، لان الحديث عن عمليات البنوك من الناحية القانونية ذو تأثير هام في نشاط هذه البنوك من النواحي الاقتصادية والمالية والتجارية .

ولعل الوظيفة الهامة التي تضطلع بها البنوك في التنظيم الاقتصادي الحديث هي الائتمان المصرفي وهذه الوظيفة أصبحت تشكل أسلوباً مبتكراً يؤدي بفعالية دوراً هاماً في الاقتصاد لا يمكن الاستغناء عن اللجوء اليه في تمويل مختلف المشاريع الاقتصادية<sup>(٢)</sup> ذلك ان البنوك التي كانت فيما مضى مقصورة على أعمال الصرف وتجارة النقود (وقبول الودائع واقرضها) أصبحت اليوم تشكل ضرورة في حياة كل شخص .

ولا يخفي دور البنوك وأهميته على الصعيد الاقتصادي ، اذ انها تمد يد العون والمساعدة للدولة في الازمات ، وتسهم في انتاج تنفيذ السياسات الاقتصادية التي تتبناها الدولة وانه لا يمكن تجاهل خطوة عرقله تنفيذ خطط التنمية الاقتصادية في الدولة ، اذا ما وجهت البنوك طاقاتها الائتمانية الى تحقيق غايات تتعارض والأهداف التنموية للدولة ، ولا غرابة في القول بان البنوك باتت تنوب عن الدولة في تنفيذ سياستها الاقتصادية<sup>(٣)</sup> .

---

(٢) النظر

Vasseur Michel : Banquier en 1983 (2) Revue Banque Mars 1983 no 426 P. 281.

(٣) د. محمود مختار البريري : المسؤولية المصرفية للمصرف ط ١٩٨٦ ص ٦ .

## ٤ - التطور التاريخي للبنوك في الأردن :

الجهاز المصرفي كتلة من القواعد والحسابات والوسائل والخدمات تقوم بها مجموعة من البنوك ضمن أطر وسياسات نقدية واقتصادية منظمة وفق أحكام القانون ، وإذا كانت كلمة بنك تستعمل مجازاً للدلالة على معانٍ لا تعنيا في هذه الدراسة كبنك الدم وبنك المعلومات وبنك العيون ، فإن البنوك التي تعنيا هي التي تباشر نشاطاً اقتصادياً وتجاريّاً حتى ولو كان نوع هذا النشاط مقصوراً على بنك دون آخر كبنك تنمية المدن والقرى وبنك الائلاء الصناعي ، والمؤسسات المالية المتخصصة بالنشاط الزراعي أو الحرفي وغيرها .

ويوجد على قمة الجهاز المصرفي منشأة تملو ذلك الهرم الاقتصادي الضخم تشرف عليه وتقوم بوظائف خاصة بها كإصدار أوراق النقد ، وسندات القروض العامة ( سندات الدين العام ) وتنظيم الائتمان والرقابة على النقد والعمليات المصرفية وهذه المنشأة هي البنك المركزي (١) .

أما تطور البنوك في الأردن فلا نرى انه ابتداءً في الظهور الا في منتصف العشرينات عندما افتتح البنك العثماني فرعاً له في عمان عام ١٩٢٥ (٢) وتلا ذلك افتتاح فرع البنك العربي في عمان عام ١٩٣٤ وآخر في اربد عام ١٩٤٣ وبعد صدور قانون النقد عام ١٩٤٩ عقب استقلال المملكة تشكل مجلس النقد الأردني وأصبح يمارس سلطة إصدار أوراق النقد فأصدر وحدة النقد من فئة الدينار الذي طرح للتداول في ١٩٥٠/٧/١ .

وكنتيجة لاحتلال فلسطين نقل البنك العربي مركزه الرئيسي الذي تأسس عام ١٩٣٠ في القدس الى عمان ، كما افتتح البنك البريطاني للشرق الأوسط فرعاً له في عمان ، وتبعه بنك الأمة حيث افتتح فرعاً

---

(١) للزبد الشرد - عدنان البنتي ومحمد جاسر : نشأة وتطور التفرع المصرفي في الأردن ط ١٩٨٢ ص ٧ وما بعدها .

(٢) د. محمد سميد النابلسي : الجهاز المصرفي في عهد إمارة شرق الأردن وحتى إنشاء البنك المركزي (١٩٢١ - ١٩٦٤) بحث غير منشور ويقول « أما قبل ذلك التاريخ فقد انحصر تواجد المؤسسات المصرفية في شرق الأردن على فروع المصرف الزراعي في كل من اربد والسلط والكرم » .



في عمان بعد ان تمثرت أعماله في فلسطين نتيجة الاحتلال ، وفي عام ١٩٥١ افتتح البنك العقاري العربي فرعاً له في عمان كما تأسس بنك الانشاء الأردني ، وتبعه البنك الأهلي عام ١٩٥٥ وبنك الراقدين عام ١٩٥٧ وبنك الأردن وبنك القاهرة عمان عام ١٩٦٠ وكان بنك البتراء قد افتتح له فرعاً في عمان عام ١٩٥٨ ، وبعد السبعينات ظهرت الحاجة لرؤوس الأموال من الخارج ، وظهر معها التوجه لاستقطاب البنوك الأجنبية لافتتاح فروع لها في الأردن (٣) .

وتم افتتاح فروع بنك المشرق عام ١٩٧٢ وسيتي بنك عام ١٩٧٤ وبنك الاعتماد والتجارة الدولي عام ١٩٧٥ وبنك تقيس مانهاتن عام ١٩٧٦ .

كما تم افتتاح البنك الأردني الكويتي عام ١٩٧٧ وبنك الأردن والخليج وبنك البتراء وبنك الاستثمار العربي عام ١٩٧٨ وتلا ذلك البنك الإسلامي الأردني للاستثمار والتمويل عام ١٩٧٩ .

وتم انشاء المصرف السوري الأردني عام ١٩٨٠ وبنهاية عام ١٩٩٠ كان عدد البنوك التجارية العاملة في الأردن خمسة عشر بنكاً ، ثمانية بنوك وطنية وسبعة أجنبية ، ويوجد بالإضافة الى ذلك أربعة بنوك استثمار هي بنك الاستثمار العربي والبنك الأردني للاستثمار والتمويل ، وبنك عمان للاستثمار وبنك الأعمال وبنكان إسلاميان هما البنك الإسلامي الأردني والبنك الوطني الإسلامي .

وتمارس هذه البنوك أعمالها في المملكة من خلال شبكة فروع بلغت بنهاية عام ١٩٩٠ ، ١٨٣ فرعاً بالإضافة الى مراكزها الرئيسية ، ٩٧ فرعاً في العاصمة عمان ، ١٣ فرعاً في اربد ، ١٢ فرعاً في الزرقاء ، ٩ فروع في العقبة ، و ٥٣ فرعاً موزعة على مدن المملكة الأخرى (٤) .

هذا بالإضافة الى بنك الاسكان وفروعه ، وبنك تنمية المدن والقرى ، وبنك الائتماء الصناعي والبنك التعاوني والمؤسسات المالية غير البنكية .

---

(٣) المرجع السابق .

(٤) د . محمد سعيد النابلسي : المرجع السابق ، ص ٣٤ وما بعدها .

## ٥ - التعريف بعمليات البنوك :

### تنوعها وتعددتها :

عمليات البنوك تعني مختلف أنواع النشاط التي تقوم بها هذه البنوك ، والنظام المصرفي يقوم غالباً على فكرة التخصص كان تقوم بعض البنوك بعمليات الائتمان الصناعي وغيرها الائتمان العقاري والبعض الآخر يظطلع بالجانب الأكبر من النشاط كالبنوك التجارية التي تمارس مختلف أنواع النشاط ابتداء بقبول الودائع واقراضها ، الى منح التسهيلات المصرفية بصورها المتعددة كالتقروض النقدية والاعتماد البسيط وختم الأوراق التجارية ، والاعتمادات المستندية ، والكفالات المصرفية الداخلية والخارجية ، وخطابات الضمان ، واعتمادات الخزينة العامة ، والاعتماد بالتوقيع ، والضمان الاحتياطي المصرفي والتحويل وغيرها من الخدمات المصرفية كخدمة الصرف الأجنبي والأوراق التجارية مثل الخصم والتخصيل والرهن (١) .

وإذا كانت التشريعات لم تنص على تعريف البنك على نحو تبين بدقة اختصاصاته ونشاطاته وأوجه العمليات والخدمات التي يمارسها ، فإن الفقه رغم عدم التصدي لتعريف البنك وضع الأساس الذي ينبغي عليه القول بوجود البنك ، وهذا الأساس هو الخصائص التي تروها الفقه بحيث إذا توافرت في مؤسسة ما ، فإن هذه المؤسسة تعتبر بنكاً ، وتمثل هذه الخصائص الحد الأدنى وفق ما يلي :

١ - قبول النقود من العملاء على شكل وديعة .

٢ - تحصيل الشيكات وإجابة أوامر العملاء .

٣ - فتح حسابات جارية .

ومع ذلك فإنه لا يؤثر على البنك الذي يتوافر فيه الحد الأدنى القول بأنه يمارس عمليات أخرى لا تندرج في قائمة ذلك الحد ، لأن دور

(١) انظر د<sup>٥</sup> علي جمال الدين عرض : عمليات البنوك من الوجهة القانونية ط ١٩٨٩ ص ٩  
وكاتبها ، القانون التجاري الأردني - الأوراق التجارية ط ١٩٩٠ ص ٥٣ وما بعدها .

البنك لم يعد مقصوراً على قبول الودائع واقراضها ، بل تمدها الى فتح الاعتماد الذي لا يعتمد على رأس ماله فحسب بل على كل موارده ، وهي تشمل بالإضافة الى رأس المال الودائع والرصيد الدائن في الحسابات الجارية وقيمة الوعود المبنية على الثقة ، وهذه الأخيرة يمنح البنك عملاءه نقوداً لا يملكها ولا يملكها المودعون ، وتتم هذه العملية الائتمانية عندما تصل الثقة بالبنك الى درجة اليقين الكامل في انه يلبي حالاً ودائماً طلبات عملائه على نحو يستطيع معه العميل ان يقول انه يملك النقود التي وعده البنك بدفعها وهو بذلك لا يقبضها مكتفياً بالحصول على دفتر شيكات و أساس ذلك الثقة (٢) .

والعمليات التي تقوم بها البنوك خدمة لعملائها متجددة ومتطورة بما يتلائم وحاجة العملاء وتتناسب مع الاعراف المصرفية والأصول المتبعة في التجارة الخارجية .

لذا فان هذه العمليات لا تقع تحت حصر لانها كثيرة التنوع تبعاً لمتطلبات التجارة والتعامل المصرفي ، ورغم كل ما قيل انها تتم في اطار العلاقات العقدية التي يرتبط بها العميل والبنك ، الا انه من الصعوبة البالغة ادراج عقود التسهيلات البنكية التي يمنحها البنك لعميله على شكل اعتمادات أو ضمانات بالتوقيع أو بالقبول تحت التصنيفات التقليدية في القانون المدني ، لانه اذا كان عقد القرض يضم حالات متعددة من مجمل العمليات التي يقوم بها البنك فانه يستعصى عليه ان يطوي عمليات أخرى ضمن نطاقه كمقد فتح الاعتماد المستندي أو خطابات الضمان . وتجدر الاشارة الى ان عمليات البنوك المتنوعة التي نتحدث عنها ضمن اطار الائتمان المصرفي تعنى عمليات البنوك التجارية ذات الائتمان القصير الأجل ، بما يخرج من نطاق البحث تلك العمليات التي تقوم بها بنوك الأعمال وتمنح ائتمانيا لعملائها لآجال طويلة .

(٢) انظر د . علي البارودي : المقرد وعمليات البنوك التجارية ط ١٩٨٨ ص ٢٩٨ .

وصور الائتمان المصرفي قصير الأجل تتشكل وتغير وتتبدل تبعاً لما يبتدعه العمل المصرفي لتلبية لمتطلبات التجارة ، وإن أهم هذه الصور يبدو في الوقت الحاضر في الاعتماد المستندي والحساب الجاري والضمان الاحتياطي وخطابات الضمان والكفالات المصرفية ، وإعارة التوقيع وخصم الأوراق التجارية ورحنها وتحصيلها (٣) .

وهذه العمليات يمكن ضمها في طائفتين الأولى يوضع على أساسها مبلغ الاعتماد تحت تصرف العميل فعلاً بما يمكنه من استغلاله فوراً ، وتشمل هذه الطائفة عمليات القرض والخصم والحساب المكشوف . والثانية لا يضع البنك تحت تصرف العميل مبالغ نقدية ولا يخرج من خزينته نقوداً مكتفياً بإعارة توقيعه أو سمعته التجارية بفرض تعزيز ائتمان عميله لدى دائئه .

لذلك فإن عمليات الائتمان في إطار هذه الطائفة ذات فائدة كبيرة للبنك من جهة ولعميله من جهة أخرى ، وهي بالنسبة للبنك حصوله على الفائدة والعمولة دون أن يخرج نقوداً من خزائنه كما هو شأن عمليات خطابات الضمان والكفالة المصرفية وهي بالنسبة للعميل تشكل ضماناً يطمئن لها دائئوه على نحو يحصل على الأجل الذي ينشده كما هو شأن الكفالة المصرفية التي يقدمها البنك ويتعهد بموجبها دفع مبلغ من النقود .

---

(٣) انظر في خصم وتحصيل ورحن الأوراق التجارية .

د. علي جمال الدين عرض : المرجع السابق ، ص ٧٢٩ وما بعدها .  
والمؤلف الأوراق التجارية ط ١٩٩٠ ص ٥٤ وما بعدها .

## ٦ - نشأة الائتمان المصرفي وتطوره :

يشكل الائتمان المصرفي وسيلة فعالة لتمويل مختلف المشاريع الاقتصادية ، التجارية منها والصناعية عندما يمز على الأشخاص توفير احتياجات هذه المشاريع من الأموال لانشائها •

وان ما يعنيه الائتمان المصرفي وفق الاعراف المصرفية يظهر في توفير السيولة النقدية اللازمة لانشاء المشاريع كاصدار خطابات الضمان والكمالات المصرفية والحساب الجاري والاعتماد المستندي •

واذا كان دور البنوك في السابق اقتصر على مبادلة النقود عن طريق ممارسة أعمال الصرف والمتاجرة بها ، فان دورها في الوقت الحاضر اعم واهم بعد ان صارت تمثل ضرورة ملحة في حياة كل فرد ، لانها اقدر على اشباع حاجة الأشخاص من المال اللازم حيناً وتمتعها بالثقة حيناً آخر لان البنوك تجار سلمتهم النقود وثقة الناس بهم ، على نحو تتحول هذه الثقة الى سلمة تقدم الى العملاء كما تقدم النقود •

ولعل أهمية الدور الذي تقوم به البنوك في الائتمان المصرفي يجعلنا نقول ان للبنوك هيمنة واسعة في توزيع الائتمان على المشاريع على نحو يمكن البعض من النهوض والنجاح عندما تبسط له هذه البنوك يدنها ، والاحباط والفشل للبعض الآخر اذا قبضت هذه اليد (١) •

وتأسيساً على تطور الخدمات التي تقدمها البنوك وتنوعها فان هناك بعضاً منها اقتصر على نوع واحد من العمليات الكثيرة المتعددة التي تقدم للعملاء في حين اختص البعض الآخر بأنواع كثيرة من هذه العمليات •

ونجد ان بعض البنوك وتسمى المتخصصة تقوم بنوع محدد من الخدمات على شكل نشاط اقتصادي تحلده نصوص انشائها ، في حين ان

---

(١) انظر د. محمود مختار : المسؤولية التصديقية للمصرف ط ١٩٨٦ ص ٤ وما بعدها •  
د. بفراني نجاة : الائتمان المصرفي بطريق التوسيع رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة ١٩٨٧ ص ٣ •

البعض الآخر من هذه البنوك والمتخصصة بالاستثمار تقوم بعمليات متنوعة ذات علاقة بتجميع وتنمية الودائع لخدمة الاستثمار وفقاً لخطط التنمية الاقتصادية وسياسات دعم الاقتصاد الوطني ، ويجوز لهذه البنوك ان تنشئ شركات استثمار تراول بعض أوجه النشاط التجاري. ولها تمويل عمليات خارج البلاد (٢) .

والأردن ومنذ ان تبني قاعدة ١ = ١ في اصدار النقد بعد انتهاء الحرب الثانية على اساس انه كان يحتفظ بأرصدة أجنبية تساوي الأوراق النقدية الضرورية للتداول ، سعى لتثبيت الأساس المتين للاقتصاد الأردني والنظام المصرفي فيه ، الا انه منذ عام ١٩٤٨ تعرض وبصورة متوالية لهزات أصاب الاقتصاد النسيب الأكبر من آثارها ، مثل نزوح اللاجئين عام ١٩٤٨ . ووحدة الضفتين ١٩٥٠ والاحتلال الاسرائيلي ١٩٦٧ . والازمات التالية في الأعوام ١٩٧٠ - ١٩٧٥ حيث ابتدأت أحداث لبنان والازمة الاقتصادية الأردنية عام ١٩٨٨ وازمات البنوك الذاتية التي نشأت عن مخاطر الائتمان مثل ازمة بنك البتراء (٣) ، والأردن والخليج ، والشرق ، والمصرف الأردني السوري ، وبنك الاعتماد والتجارة ، وكل هذه الازمات المتلاحقة أثرت بصورة مباشرة على الاقتصاد وأدت الضغوط الكبيرة على الدينار الى تخفيضه عام ١٩٨٩ بنسبة ٢٦٤٪ كما ارتفع مقياس تكاليف المعيشة ارتفاعاً زاد عن ٢٥٪ وتراجع معدل النمو في الناتج القومي ، وتعرضت نتيجة لذلك شركات ومؤسسات مالية الى نكسات عصفت ببعض منها وأثرت سلبياً على البعض الآخر بأن عرضتها لخسائر كبيرة (٤) .

(٢) انظر تصنيفاً د. علي جمال الدين عوض : عمليات البنوك من الوجهة القانونية ط ١٩٨٩ ص ١٠ .

(٣) انظر د. محمد سعيد النابلسي : انتشار ظاهرة المخالفات المصرفية وضرورة التصدي لها . ملزمة عامة القيت بنقود المخالفات المصرفية المنقذة في عمان من ٩ - ١٤ حزيران عام ١٩٩٠ . د. جواد الطائي : حالة بنك البتراء . دراسة مقدمة الى الندوة المرجع السابق ص ١٧٦ .

(٤) انظر د. محمد سعيد النابلسي . المرجع السابق . ص ٣٤ .

## ٧ - تجارية عمليات البنوك :

تنص المادة السادسة من قانون التجارة الأردني رقم ١٢ لسنة ١٩٦٦ على أن أعمال الصرافة والمبادلة المالية ومعاملات المصارف العامة والخاصة تعد تجارية بحكم ماهيتها الذاتية (٥) .

ويستدل من ذلك أن نشاط البنوك التجارية تجاري وأن البنوك أيًا كان نوعها عامة كالبنك المركزي والبنك التعاوني وبنك تنمية المدن والقرى وبنك الإنماء الصناعي وبنك الإسكان ، أم خاصة كالبنوك الأخرى يعتبر عملها تجاريًا ، ويخضع البنك للأحكام التي يخضع لها التجار لأنه يكتسب صفة التاجر المبنية على غرض انشائه وهي القيام بنشاط تجاري (٦) .

---

(٥) انظر نص المادة ٢ من قانون التجارة المصري لسنة ١٨٨٣ والمادة ٥ من قانون التجارة العراقي لسنة ١٩٨٤ والمادة ٥ من قانون التجارة الكويتي لسنة ١٩٨٠ والمادة ٩ من قانون التجارة اللبناني لسنة ١٩٩٠ والمادة ٦ من قانون التجارة السوري لسنة ١٩٤٩ .

(٦) انظر د. محسن شبيب : الموجز في القانون التجاري ط ١٩٦٦ - ١٩٦٧ بند ٧٦ ولغات المؤلف القانون التجاري المصري الجزء الأول ط ١٩٤٨ بند ١١٠ .

د. محمود سمير الشرقاوي : القانون التجاري الجزء الثاني ط ١٩٨٤ ص ٤٩٧ .

## ٨ - خطة البحث :

تجدر الإشارة الى أن البنك يضمن عميله في صور متعددة منها قيامه بدور الكفيل لهذا العميل أمام دائن هذا الأخير وفق أحكام القانون المدني أو أن تتخذ هذه الكفالة وفق الصورة السابقة شكلاً آخر وصورة أخرى ابتكرها العرف المصرفي وابتعد بها عن الأحكام التي تخضع لها الكفالة وهو ما نقصد به تمهيد البنك دفع مبلغ من النقود الى شخص يسمى المستفيد عند طلبه ودون شروط . والذي يعرف بخطاب الضمان . وهناك صورة أخرى لضمان البنك لعميله تظهر بمناسبة سحب ورقة تجارية من عميل البنك بحيث يتعهد الأخير قبول سند السحب بما ييسر ويسهل للعميل خصمه والحصول على النقود من البنك الخاصم .

لذا سنناقش موضوع الاعتماد المصرفي بالضمان في ثلاثة أبواب ،  
نخصص الأول للحديث عن الكفالات المصرفية ونخصص الثاني لخطابات الضمان ، ونناقش خصم الأوراق التجارية وتحصيلها ودرعها في الباب الثالث .



## **الباب الاول**

### **الكفالات المصرفية**



#### ٩ - تمهيد :

كانت الكفالة الى وقت قريب خدمة يقدمها شخص الى قريب أو صديق على سبيل التبرع ، ولا يزال أثرها منتشرأ عند بعض المجتمعات رغم ما قيل أنها زالت بالصورة التي نشأت بها لتحل محلها صورة أخرى للكفالة كأداة ائتمان تمارسها المؤسسات المالية والمصرفية بما ينسجم مع متطلبات الحياة الاقتصادية .

وقد اهتم الفقه بدراسة موضوع الكفالة المصرفية بعد انتشارها بصورة متعددة وعلى نطاق واسع أثر التزايد الملحوظ في عدد الحالات التي مارسها البنوك بعد أن اتضحت سبل هذه الصورة وأهدافها في أن البنك لا يخرج من خزينته قيمة الكفالة بل مجرد منح التوقيع .

والكفالة المصرفية كما مارسها البنوك حققت فوائد متوازنة فيما بين البنك الكفيل وعميله المكفول ، فمن جهة يحقق البنك الفوائد على المبلغ الذي يتعهد وفاءه عند تحقق شرط الكفالة دون أن يدفعه عند إبرام عقد الكفالة ، كما يحقق عمولة إجراء عملية بنكية لصالح عميله تعتبر واحدة من العمليات التي يمنحها له على شكل تسهيلات الثمانية ، ومن جهة ثانية ، يستطيع العميل أن يزاوّل العمل الذي تعهد القيام به مقابل كفالة البنك له دون أن يضطر الى وضع مقابل نقدي .

وسنرى أن الكفالة المصرفية ذات الصور المتعددة احتفظت بشروط إبرامها كمقعد وفق أحكام القانون العام بالإضافة الى شروط خاصة ابتدعها العرف المصرفي .

ولعل أهم صور الكفالة المصرفية تلك التي خرجت عن مألوف ما تعارف عليه التعامل في المواد المدنية والتجارية على السواء والتي كادت تشكل موضوعاً خاصاً مستقلاً يعتمد بأحكامه وآثاره عن أصله . وهذه الصورة هي خطاب الضمان . وأنه اذا كان الأصل في الضمان استخدام كلمة

التضامن للدلالة على الكفيل وفق التنظيم القانوني في القانون العام الا انه بعد تعدد صور هذا الضمان أصبح الخلط واضحاً وظاهراً بين صورة الكفالة التي نظم احكامها القانون المدني وبين صورة خطاب الضمان التي خلقها العرف المصرفي على نحو اختلفت على اساسه احكام هذه الصورة عن احكام الكفالة كما وردت في القانون المدني .

وهكذا فان الكفالة عقد يرتب آثاراً تلحق اطرافه ، وهذه الآثار هي التي استقرت على عاتق هؤلاء الاطراف .

وآثار عقد الكفالة وفق احكام القانون المدني تستقر على عاتق الكفيل على نحو يلتزم في مواجهة الدائن . وهذا العقد يفترض دائماً وجود التزام أصلي في ذمة شخص يطلب من الكفيل وفاءم بالنيابة عنه او ضمان هذا الوفاء .

وعلى هذا الأساس يجب ان يكون العقد الأصلي صحيحاً والا كانت كفالة محل هذا العقد مشوبة بميب يؤدي الى بطلانه تبعاً لبطلان العقد الأصلي .

ورغم ما قيل ان الكفالة بهذا المعنى عقد نشأ عنه التزام تابع لالتزام المدين الأصلي على نحو يقوم الى جانب هذا الالتزام ويضمن وفاء تنفيذ<sup>(١)</sup> فان الكفالة تبقى عقداً مستقلاً ينتج آثاراً تتعلق بآثاره واثبات محله وسببه .

وستنحدث في موضوع الكفالة المصرفية من حيث ماهيتها واساسها القانوني وانقضاءها في الفصول الثلاثة التالية .

---

(١) نصت المادة ٩٥٩ من القانون المدني الأردني على انه « يكفي في انعقاد الكفالة ونفاذها ايجاب الكفيل ما لم يردحاً المقول له » وانظر نص المادة ٧٧٢ من القانون المدني المصري « عقد بمقتضاء يكفل شخص تنفيذ التزام بان يتعهد للدائن بان يفي بهذا الالتزام اذا لم يف به المدين نفسه » وقارن هذا التعريف مع نص المادة ٩٥٠ من القانون المدني الاردني « الكفالة ضم ذمة الى ذمة في المطالبة بتنفيذ التزام » .

## الفصل الأول

### ماهية الكفالة المصرفية

الكفالة التي نعنيها في هذه الدراسة وتتصلى لها بالحديث نقصد بها الكفالة الشخصية التي يتبني عليها تعهد شخص لآخر وفاء حقه لدى مدين لهذا الآخر . وعرفها المشرع في المادة (٩٥٠) من القانون المدني والمادة (٧٧٢) من القانون المدني المصري<sup>(١)</sup> وهي بهذا المعنى عقد ملزم لجانب واحد هو الكفيل الذي يلتزم أمام الدائن بالالتزام المكفول .

والكفالة المصرفية كاحدى صور الضمان المصرفي ضم ذمة البنك الكفيل الى ذمة عميله في ضمان الوفاء بالالتزام المكفول ، ذلك لان البنك بقدرته المالية التي تفوق قدرة الأفراد يتدخل ليكفل أحد عملائه في مواجهة دائنيه ، وليست الكفالة بهذه الصورة حكراً على البنوك بل هناك جهات أخرى تقوم بذلك<sup>(٢)</sup> .

وتتميز الكفالة المصرفية بخصائص يظهرها عقد الكفالة وتتمثل في آثار الالتزامات التي يتحملها الكفيل وهي فضلاً عن أنها تشبه الى حد كبير بعض العمليات التي تقوم بها البنوك فانها تختلف عن البعض الآخر ، وهذا يدفعنا الى الحديث عن ماهيتها في ثلاثة مباحث ، نخصص الأول لبيان خصائص الكفالة المصرفية ، ونخصص الثاني لتحديد نطاقها ، ونخصص الثالث لشرح أوجه الشبه والخلاف بين الكفالة المصرفية وغيرها من عمليات البنوك .

---

(١) يعتمد عن مقصود الكفالة الشخصية المدنية التي كتطوي على قيام شخص بإيداع النقود والأوراق المالية عند آخر ضمانات لمؤوليتة المستغلية التي فرضها واجب قانوني أو اتفاق . انظر في هذا الموضوع د . علي جمال الدين عرض : عمليات البنوك من الوحة القانونية ط ١٩٨٩ ص ١٣٣١ .

(٢) يقوم بإبرام عقود الكفالات بالإضافة الى البنوك ، شركات التأمين ، والشركات التجارية والشركات المتخصصة في منح الكفالات ، ويطلق على الشركات المتخصصة في منح الكفالة المصرفية اسم شركات الكفالة التماونية .

## المبحث الأول

### خصائص الكفالة المصرفية

الكفالة المصرفية عقد ملزم لجانب واحد هو الكفيل ، وعرفها الفقه تعريفات متعددة تتفق في أنها تصرف ارادي يتمهد على أساسه البنك في مواجهة الغير تأدية التزام في ذمة عميله تجاه هذا الغير<sup>(١)</sup> . أو أنها عقد ملزم لجانب واحد هو الكفيل الذي يلتزم أمام الدائن بالالتزام المكفول ، ويظل المدين في هذا الالتزام بعيداً عن عقد الكفالة ، وهي عقد يفترض حتماً وجود التزام أصلي ويكون التزام الكفيل ضماناً لتنفيذ هذا الالتزام الذي يدور معه التزام الكفيل وجوداً وعلماً<sup>(٢)</sup> .

ومن مجمل تعريفات الفقه للكفالة المصرفية يمكن تحري خصائصها بوصفها أحد العقود المسماة الذي أبرم فيما بين البنك الكفيل والدائن وهذه الخصائص .

#### ١٠- أولاً - الكفالة المصرفية عقد ملزم لجانب واحد :

الكفالة المصرفية تلتقي في هذه الخصيصة مع الكفالة بوجه عام في أنها عقد ملزم لجانب واحد ، ذلك لأن البنك الكفيل يتحمل بمفرده الالتزام الذي يتشوّه هذا العقد .

وإذا تلقى الكفيل عوضاً مقابل كفالته لعميله فإن هذا العوض يتلقاه من عميله لا من دائن هذا العميل ، وهو إذا تلقى العوض من الأخير (الدائن) فلا تكون بصدد كفالة مصرفية وإنما في صدد تأمين اعتماد .

(١) انظر د\* بدرانى نجاة : الائتمان المصرفي بطريق التوقيع ، رسالة جامعة القاهرة ١٩٨٧ ص ٢٧٣ .

(٢) د\* على جمال الدين عوض : المرجع السابق ، ص ١٣٢٣ .

وعليه فإن القول بأن العقد الذي يتلقى البنك بوجبه عوضاً لا يكون عقداً ملزماً لجانب واحد ناتج عن خلط بين مصدر هذا العوض<sup>(٢)</sup> وأنه إذا كانت الكفالة المصرفية مصدراً لالتزامات متبادلة بين البنك الكفيل والدائن كما لو تم الاتفاق بينهما على انقاص الفائدة عن الدين المكفول أو ارجاء ميعاد استحقاقه أو التزام الدائن بعدم مطالبة الكفيل إلا في أموال معينة ، فإن ذلك لا يؤثر على ما يمتاز به عقد الكفالة المصرفية بأنه ملزم لجانب واحد هو الكفيل ، لأن هذا العقد ومع أنه بحسب الأصل يرتب آثاراً في جانب الكفيل فقط فهو لا يعني بذلك أن لا تكون الكفالة مصدراً للالتزامات متبادلة وملزمة للجانبين .

#### ١١- ثانياً - الاعتبار الشخصي في الكفالة المصرفية :

تقوم الكفالة المصرفية على الاعتبار الشخصي ، بما يعني أن العميل الذي كان سبباً في إبرام عقد الكفالة فيما بين البنك ودائنه محل نظر البنك ، من حيث ملامته وثقته المالية ، ووضعه المالي ، لأن ذلك يتعلق بالخطر الذي قد يلحق الكفيل نتيجة كفالة عميل لا يتمتع بثقته ذلك أن الضمان لا يمنح حتى مقابل العوض إلا بناء على علاقة تقوم على الثقة بين الكفيل والمدين ، لأن الكفالة تغطي شخصاً لا ديناً بالذات .

أما من الجهة الثانية فلا نلاحظ أهمية بالنسبة لعلاقة الكفيل بالدائن لأن كليهما لا يهمه الاعتبار الشخصي للآخر . فالبنك يلتزم وفاء دين عميله إذا لم يف به الأخير ، ولهذه الغاية لا يعتني شخص الدائن . والدائن يلتزم ضم ذمة أخرى إلى ذمة مدينه ، لأنه أيًا كانت الذمة المضمومة فهي تقوى ضمانات الوفاء بمدينه .

(٢) انظر في هذا الرأي د. مهنا لودود يحيى : عقد الكفالة ، ط ١٩٦١ بند ١٢ . د. منصور مصطفى منصور : عقد الكفالة ، ط ١٩٦٠ ص ١٥ ، حيث يقول « أن العقد يبقى عقد كفالة طالما أن الكفيل يتعهد بتنفيذ الالتزام الأصلي إذا لم يف به للمدين فاشتراط مقابل يدفعه الدائن لا يخرج من ماهية العقد ولا يحوّل العقد عقد تأمين » . وانظر عكس هذا الرأي د. محمد كامل مرسي : العقود المسماة ط ١٩٥٢ ص ٨٥ . د. سليمان مرقس : عقد الكفالة ط ١٩٥٩ ص ٧ .

## ١٢- ثالثاً - الرضائية في عقد الكفالة المصرفية :

عقد الكفالة المصرفية عبارة عن تصرفين قانونيين صدر الأول عن الكفيل بإرادة حرة غير مشبوبة بأي عيب ليلتقي بالثاني الصادر عن الدائن بإرادة حرة غير مشبوبة بأي عيب .

وهو في القانون المدني يعتقد وينفذ بإيجاب الكفيل ما لم يردده المكفول له<sup>(٤)</sup> ورضائية البنك ترد في العبارات التي يتضمنها عقد الكفالة ، ويشترط ان تكون واضحة وصريحة بعيدة عن أي لبس أو إبهام حول نية تحمل الالتزام ، لان ارادة البنك لا يجوز استنباطها للقول أن نية البنك اتجهت الى تحمل التزام المدين تجاه الدائن ، وإن هذا الاستنباط لا يجوز ولو كان من خلال ظروف معينة أو استنتاجات مهما كانت درجة الاقتناع بها .

مثال ذلك قد يوصي البنك بموجب شهادة صادرة عنه بأن أحد عملائه موثوق فيه وهو موسر وبيادر الى تنفيذ التزاماته في مواعييدها . فمثل هذه التوصية لا تعتبر كفالة مصرفية ، ويقال نفس الشيء بشأن ما يصدر عن البنك من رسائل عندما يقتصر مضمونها على مجرد لفت النظر الى الأنظمة الأساسية للعميل أو الى بيان أسماء المكتتبين في شركة ما ، وذات الشأن بالنسبة للالتزام الذي نشأ عن تعهد أحد البنوك بأن يوفي مساهمي إحدى الشركات ما يساوي قيمة أسهمهم بتاريخ معين<sup>(٥)</sup> . كما لا يعتبر البنك كفيلاً اذا أعطى آخر معلومات عن ملاءة أحد عملائه .

(٤) انظر المادة ٩٥١ من القانون المدني .

يشترط القانون المصري في الكفالة الكتابة وهذا شرط اليات لحسب ، لان الكتابة غير لازمة لاستعاد المقتد . انظر المادة ٧٧٣ من القانون المدني المصري ( لا تثبت الكفالة الا بالكتابة ) .

(٥) اعتبر القضاء الفرنسي تعهد الشركة بوفاء قيمة أسهم مساهمي إحدى الشركات وعدا بالشراء وليس كفالة يضمن على أساسها حقوق المساهمين لدى الشركة التي يساهمون فيها . انظر د . بشراني نجاة : المرجع السابق ، ص ٢٥٢ .



ومع ان التصرفات الصادرة عن البنك لا تعتبر في الاحوال المشار اليها كفالة طبقاً للقواعد العامة المنظمة لعقد الكفالة ، الا انه من الممكن مساعدة البنك على أساس المسؤولية التقصيرية ، اذا اتضح بأن التزكية التي صدرت عنه بحق أحد عملائه أو المعلومات التي أدلى بها للغير عن عميل له كانت غير صحيحة ، أما عن عمد أو عن رعوته وتسرع ، وهو في مواجهة الدائن الذي بناء على هذه التوصية وهذه الثقة في المعلومات التي تلقاها منه تعامل مع المدين ، يتحمل مسؤولية الاضرار التي تصيب هذا الدائن .

### ١٣- وإبناً - عقد الكفالة المصرفية عقد تابع :

يفترض أن هناك علاقة قانونية نشأت على أساسها علاقة قانونية أخرى والعلاقة الأولى أساسها وجود التزام فيما بين مدين ودائن ، أما العلاقة الثانية فهي الناشئة عن الأولى وهي علاقة الكفيل بدائن عميله<sup>(١)</sup> .

وتبدو خاصية تبعية التزام الكفيل للالتزام الأصلي واضحة من خلال النصوص المنظمة للكفالة بوجه عام .

فالمادة ٩٥٤ من القانون المدني تنص على أنه ( يشترط لصحة الكفالة أن يكون المكفول به مضموناً على الأصيل ديناً أو عيناً أو نفساً معلومة وأن يكون مقدور التسليم من الكفيل ) .

والمادة ٩٦٧ من ذات القانون تنص على أن ( للدائن مطالبة الأصيل أو الكفيل أو مطالبتهما معاً ) .

والمادة ٩٧١ من ذات القانون المتعلقة بالدين الموثق بتأمين والمادة ٩٧٩ الباحثة في أن الكفيل ليس له أن يرجع بما عجل أدائه من الدين المؤجل الا بعد حلول الأجل<sup>(٢)</sup> .

---

(٦) انظر لخص مصري الطعن ٢٢٧ لسنة ٣٨ ق جلسة ١٦/٢٨/١٩٧٢ ص ١٤٨٧ الموسوعة الذهبية .

(٧) انظر نص المادتين ٧٧٦ و ٧٨٠ من القانون المدني المصري وتنص الأولى على أنه ( لا تكون الكفالة صحيحة الا اذا كان الالتزام المكفول صحيحاً ) وتنص الثانية بأنه لا تجوز الكفالة في مبلغ أكبر مما هو مستحق على المدين ولا يشترط أشد من شروط الدين المكفول ) .

على أنه إذا اشترط التضامن فيما بين الكفيل والمدين في مواجهة الدائن فذلك لا يخرج الكفالة المصرفية عن طابعها التبعية ، لأن الكفيل يحتفظ بحقوقه التي منها رجوعه على المدين الأصلي بما وفاه وعلى أساس ذلك قضت محكمة النقض المصرية عندما قالت :

« الكفيل المتضامن وإن كان يفقد بعض المزايا المقررة للكفيل العادي والتي لا تتفق أساساً مع فكرة التضامن ، إلا أنه يظل ملتزماً بالتزاماً تابعاً يتحدد نطاقه — طبقاً للقواعد العامة — بموضوع الالتزام الأصلي في الوقت الذي عقدت فيه الكفالة » (٨) .

ومع التسليم بأن عقد الكفالة المصرفية عقد تابع لعقد سابق أبرم فيما بين الدائن وعميل البنك ، إلا أن ذلك لا ينزع عن عقد الكفالة نوع الاستقلالية التي يمتاز بها التزام البنك عن الالتزام الأصلي ، والتي تظهر في أن عقد الكفالة عبارة عن علاقة قانونية بين أشخاص مختلفين عن أطراف العقد الأصلي ، وأنه أي عقد الكفالة ذو خصائص تحدد نظامه دون الرجوع إلى العقد الأصلي .

وينبغي على تبعية الكفالة المصرفية كخاصية فيها نتائج تبدو في أن الالتزام الناتج عنها لا يكون صحيحاً إذا لم يكن الالتزام المكفول كذلك . وأن الكفالة تنتهي إذا حصل اتحاد بين ذمتي الكفيل والمدين الأصلي ذلك لأنه لا يلتزم شخص بنفس الدين بصفته مديناً وكفيلاً بنفس الوقت ، وأن مصير التزام الكفيل يتبع مصير التزام المدين المكفول من حيث سريان تقادم التزام الكفيل الذي يبدأ من تاريخ سريان تقادم الالتزام الأصلي المكفول بصرف النظر عن التاريخ الذي أبرم فيه عقد الكفالة ، ومن جهة أخرى فإن انقضاء الالتزام الأصلي المكفول يؤدي إلى انقضاء التزام الكفيل وأن الكفيل يتمسك بالدفع التي يجوز للمدين التمسك بها في مواجهة الدائن .

(٨) انظر نظري مصري الطعن ٢٢٧ لسنة ٣٨ ق جلسة ١٩٧٢/١٢/٢٨ ص ١٤٨٧ .  
الموسوعة الذهبية .

#### ١٤- خاصة - تجارية عقد الكفالة المصرفية :

يسري بشأن عقد الكفالة الاحكام العامة الواردة في القانون المدني ، على أن تحديد تجارية عقد الكفالة المصرفية بمعنى بيان اذا كان عملاً تجارياً أو مدنياً ، فيمكن اعتماد معيار تقرر على أساسه التمييز بين الكفالة التجارية والمدنية وذلك بالنظر الى طبيعة العملية التي تم على أساسها ابرام العقد ، بحيث تعتبر الكفالة تجارية اذا قام بها الكفيل مقابل عوض اثناء ممارسته لنشاطه التجاري المستاد وباعتباره يقوم بعمل مهني احترافي .

والبنك وهو يقوم بابرام عقد الكفالة فانه يحصل لقاء ذلك على عوض هو الصولة ، وبهذه الحالة وبما أنه يمارس العمل التجاري فتعتبر الكفالة على هذا الأساس عملاً تجارياً ، وبمكس ذلك تكون الكفالة عملاً مدنيّاً(٩) .

وفوق ذلك فان الكفالة المصرفية كعمل يقوم به البنك تعتبر تجارية وفق نص المادة ١/٦/د من قانون التجارة رقم ١٢ لسنة ١٩٦٦ التي تنص على أنه : « تعد الأعمال التالية بحكم ماهيتها الذاتية أعمالاً تجارية برية :

أ -

د - أعمال الصرافة والمبادلة المالية ومعاملات المصارف العامة والخاصة » .

ويرتّب على اعتبار الكفالة المصرفية تجارية تطبيق الاحكام المتعلقة بال عقود التجارية من حيث الاثبات والاختصاص والتضامن وتطهير الدفع والتقادم والمهل القضائية(١٠) .

---

(٩) استقر القضاء الفرنسي على أن الكفالة المصرفية تجارية دائماً ، وتوسعت محكمة النقض في فرنسا في القول بجارية الكفالة حتى ولو كان الكفيل تاجراً أبرم العقد بمناسبة تجارية .

(١٠) انظر تصيلي في النظام القانوني للأعمال التجارية د\* محمد حسين اسماعيل ، القانون التجاري الأردني ط ١٩٨٥ ص ٤٣ وما بعدها .

ولأن قانون التجارة الأردني قطع الحديث بشأن تجارية الكفالة المصرفية لذا نكتفي بالقول أن المعايير الفقهية التي تم تقرير تجارية الكفالة المصرفية على أساسها هي :

#### أولاً - المعيار الموضوعي :

يستند القائلون به على أن الكفالة عمل تجاري بطبيعته أو أن الكفالة عمل تجاري بحسب الشكل<sup>(١١)</sup> أو أن الكفالة عمل تجاري بالتبعية ، وهذه الخصيصة لا يتحدد على أساسها أن الكفالة عقد يرتب التزاماً تبعياً يتبع التزاماً أصلياً ، بمعنى أنه إذا كان الالتزام الأصلي تجارياً تكون الكفالة تجارية ، ذلك لأنه لو كان الأمر كذلك لكانت طبيعة الكفالة المصرفية ذات طبيعة الالتزام المكفول .

وتأسيساً على ذلك فإن العكس هو الذي نعني به أن الكفالة تكون تجارية بالتبعية ، أي أن تبعية الكفالة لممارسة نشاط الكفيل التجاري هو مما يحدد تجاريتها ، وليس كونها تتبع من الوجهة القانونية لعقد آخر أصلي . كما لو منح التاجر كفالة لآخر تبعاً لحاجات تجارية هو يقصدها بهدف تيسير أو تدعيم نشاطه التجاري ، وهذه الكفالة تجارية بالتبعية لأنها تتبع العمل التجاري الذي يمارسه الكفيل تبعاً لحاجات تجارته وتدعيم نشاطه التجاري .

#### ثانياً - المعيار الشخصي :

يستند القائلون بهذا المعيار أن الكفالة تكون تجارية في إحدى حالتين :

---

(١١) حل في ضمان احتياطي ، أم كفالة ممنوعة من شركة تجارية ، وهاتان الحالتان تتحدد الكفالة على أساسهما أنها تجارية . انظر د\* بشراني نجارة : المرجع السابق ص ٣١١ .

الأولى - إذا كانت بمقابل •

الثانية - إذا كان للكفيل مصلحة •

ويرى البعض ان القضاء يلجأ الى الأخذ بهذا المعيار لتحديد تجارية الكفالة عندما يتملأر عليه تحديدها وفق المعيار الموضوعي (١٢) •

---

(١٢) د • علي جمال الدين عوض : المرجع السابق ص ١١٣٥ وما بعدها •

د • أحمد زكي وفاروق غلاب : خطابات الضمان أو الكفالات المصرفية ص ٢٤ أبحاث

وما بعدها • بحث مقدم الى مؤتمر المحامين العرب السادس المنعقد بالقاهرة عام ١٩٦١ •

## المبحث الثاني

### نطاق الكفالة المصرفية

١٥- تحدثنا فيما سبق عن خصائص الكفالة المصرفية من حيث أنها عقد ملزم لجانب واحد ، وتقوم على الاعتبار الشخصي ، ومتى تكون تجارية ، وهل يتبع العقد الذي ينظم شروطها العقد الأصلي أم لا ، ولا ننسى أن نذكر أن عقد الكفالة المصرفية من عقود المعاوضة لأن البنك يتقاضى عمولة لا تختلف في مضمونها عن أية مبالغ يحصل عليها من عمليات أخرى ، إذ أن هذه العمولة تعتبر في شق منها أجراً عن الخدمة التي يقدمها البنك لعميله وفي شق آخر يغطي المخاطر المحتمل تعرضه لها .

وأيضاً فإن عقد الكفالة من العقود الرضائية لأنه ينعقد بتراض بين البنك ودائن عميله<sup>(١)</sup> وتظهر الرضائية في العقد بعدم رد دائن العميل لايحاجب البنك وفق نص المادة (٩٥١) من القانون المدني .

أما نطاق الكفالة المصرفية فنعني به المجال الذي تقوم به الكفالة بدور كبير ، وهي في ذلك ذات أثر بالغ الأهمية في التنمية الاقتصادية . وتبدو أهمية الكفالة عملياً عندما يجد المدين نفسه أمام صعوبات مالية كبيرة لا يتخطاها إلا بوجود من يمنحه كفالة تغطي الالتزامات التي وضعته أمام تلك الصعوبات .

ويلاحظ عملياً أن تدخل البنك بمنحة الكفالة ناتج عن عدة أسباب ، وهذه الأسباب تشكل المجال الذي تقوم به الكفالة المصرفية بدورها ، ومنها أن الكفالة يمنحها البنك لعميله ليتمكن من الحصول على إعفاء أو أجل لسداد رسوم أو ضرائب حكومية ، أو تجنب العميل وضع

(١) انظر د . مراد منير فهمي : العقود التجارية وعمليات البنوك ، ط ١٩٨٢ منشأة المعارف ص ٣١٥ .

كفالة نقدية أو أوراق مالية ضماناً لعمل التزم به ، أو من أجل السماح له بقبض فوري لمبالغ أو سلفات أو دفعات على الحساب ، أو لتمكينه من الحصول على السيولة النقدية ليفضي مشروع مهنة معينة .

وفي كل هذه الاحوال يؤدي أثر الكفالة المصرفية كمعقد الى تخفيف العبء عن كاهل عميل البنك على نحو يحصل البنك على العمولة المتفق عليها (٢) .  
لذا يجب تعيين نطاق كفالة الالتزام المكفول من حيث أن هذه الكفالة محددة أو غير محددة ، ذلك لأن الصورة الثانية يمتد فيها التزام الكفيل الى أصل الدين وفوائده وتشمل فوائد الدين الفوائد القانونية والاتفاقية بالإضافة الى التعويض عن الضرر الناتج عن عدم التنفيذ (٣) .

ونتحدث في هذا المبحث عن نطاق الكفالات المصرفية من حيث مجال استخدامها وحدود التزام البنك كآثر لها في المطلبين التاليين ونهني الحديث بمطلب ثالث نتحدث فيه عن الكفالات الخارجية .

---

(٢) انظر د. علي البارودي : الأوراق التجارية والائلاس ط ١٩٧٧ منشأة المعارف ص ٢٧٤ .  
د. مراد منير فهم : المرجع السابق ص ٣١٣ . د. مصطفى كمال طه : مبادئ القانون التجاري ص ٥١٤ .

(٣) تكون الكفالة محددة اذا وردت صيغتها تحدد ضمان الالتزام ببلغ معين وهذه الكفالة لا تضمن فوائد الدين الا بشرط صريح .  
اما الكفالة غير المحددة فهي التي يمتد الضمان فيها الى التزام المدين بدون شرط أو تحديد ، انظر د. علي جمال الدين : المرجع السابق ص ٥٦٨ .

## المطلب الأول

### أوجه استخدام الكفالات المصرفية

لأن الكفالة المصرفية من أكثر صور الائتمان شيوعاً ، ولأنها تتم عن طريق التوقيع بما يعني سهولة الاتفاق على إبرام العقد بشأنها ، ولأن يسار البنك وثقة عملائه به واستعداده لتنفيذ التزامه حتى عند اعسار مكفولة ، فإن ذلك يشكل أكبر الضمانات عند الدائنين على نحو يزداد أقبالهم على اعتماد الكفالة المصرفية وبالتالي فإن الأوجه التي تستخدم فيها الكفالة المصرفية ممتدة ولا تقف عند حد ويمكن أن تستخدم في كافة مجالات النواحي الاقتصادية .

ولعل معظم تطبيقات الكفالة المصرفية وتلك التي تتعلق بما ينشأ بين الأشخاص والادارات الحكومية من علاقات قانونية عقدية تفرض تقديم كفالة مصرفية لدائرة الضرائب أو الجمارك أو التموين أو الاشغال العامة ، وكذلك الأمر بالنسبة للحالات التي يلتزم فيها الأشخاص تقديم كفالات الى المحاكم سواء في قضايا الشفعة أو لغايات الحجز الاحتياطي (١) .

ولأن استخدام الكفالات المصرفية لا يدخل تحت حصر ، لذلك نبين فيما يلي ما يساعد على توضيح أوجه استخدام هذه الكفالات وصورها .

#### ١٦- الكفالات الجبرية :

وهي تلك التي تمكن المستورد من تأجيل سداد الضرائب والرسوم أو الحصول على موافقة بالاعفاء منها أو تنزيل قيمتها وتضمن مثل

---

(١) تجدر الإشارة الى أن الكفالة التي يقدمها البنك أو أحد فروعه لكفالة نفسه في دعوى مقدمة لغايات الحجز الاحتياطي غير جائزة عملاً بالحكم المادة ٩٥٥ من القانون المدني التي تنص على أن الكفالة ضم ذمة الى ذمة أخرى وإن الرأي الذي أجازها باعتبار أن فرع البنك ذو استقلال مالي وشخصية اعتبارية مستقلة جانبية الصواب ، لأنه اذا تقدم البنك بضممان نفسه فذلك يعتبر تعهداً شخصياً لا تنطبق عليه أحكام الكفالة .



هذه الكفالة ، ضمان تنفيذ المكفول التزاماته تجاه الادارات الحكومية ومنها الرسوم والضرائب المفروضة على التصدير والضرائب الداخلية وضرائب الانتاج المقررة وفق احكام المادة (٤٦) من قانون الجمارك ، ومع ان احكام قانون الجمارك تضمنت في معظم نصوصها احكاماً تقرر وضع تأمين نقدي ، الا ان ذلك لا يمنع من تقديم الكفالة المصرفية التي تقوم مقام النقود التي من أهدافها تيسير عمل المستوردين بما يعني ابقاء السيولة النقدية في حوزتهم ، وتضمن نص المادة (٨٦) من قانون الجمارك حكماً يجيز تقديم كفالة مصرفية وجاء النص على النحو التالي :

« يجوز السماح للمكلفين بسحب بضائعهم قبيل تادية الرسوم والضرائب عنها تحت ضمانات مصرفية أو نقدية وذلك ضمن الشروط والقواعد التي يحددها المدير » .

كما تضمن نص المادة (٨٧) حكماً يجيز ادخال بضائع أو نقلها من مكان الى آخر بعد تقديم كفالة وجاء النص على النحو التالي :

« ... ويشترط في هذه الأوضاع تقديم ضمانات لتأمين الرسوم والضرائب نقداً أو بكفالات مصرفية أو تمهيدات مكفولة وفق التعليمات التي يصدرها المدير » (٢) .

وتبدو أهمية هذه الصورة للكفالة المصرفية في أن البنك يتدخل ليكفل عميله وذلك بالتوقيع على الالتزام كضامن ، يتعهد بموجبه للإدارة الحكومية وفاء قيمة ما كفل عند حلول الأجل أو استحقاق الشرط حسب مقتضى الحال .

---

(٢) انظر نص المادة ٤٠/ب و ٥٩/ب و ٧٢/ب من قانون الجمارك وانظر نص المادة ٧٢/١ من ذات القانون حيث جاء مطلقاً ( ... وللمدير حق الافراج عنها لقاء الضمانات اللازمة التي تكفل عدم التصرف بها الا بعد ظهور نتيجة التحليل ) .. وانظر المواد ٨٦ ، ٨٧ ، ٨٨ ، ١٤٠ ، ١٥٢ من ذات القانون .

وإذا قام البنك بدفع قيمة الكفالة وما تفرع عنها من نفقات سواء  
لإعسار عميله المدين المكفول أو لأن الأخير نسي الوفاء أو لأن الأول قام  
بذلك بتكليف الثاني فإن البنك يرجع على العميل بما أوفى .

#### ١٧- الكفالات المصرفية في مجال العطاءات :

- أ - يقصد المشاركة بالمناقصة .
- ب - لضمان تنفيذ الالتزامات في حالة إحالة العطاء على المكفول .
- ج - لضمان الدفعة الأولى المقدمة من المتعاقد مع المكفول .
- د - لضمان حسن التنفيذ .
- هـ - لضمان السلفة المدفوعة وتتشابه هذه الحالة مع الحالة الواردة في  
الفقرة (ج) أعلاه .

#### ١٨- الكفالات المؤقتة والنهائية :

##### أ - المؤقتة :

وهي التي تحل محل التأمين النقدي الذي يطلب من الموردين ، ويقصد  
من تقديم هذه الكفالة إبعاد المزاولين أو المناقصين أو مقدمي العروض  
غير الجديين أو التي لا تصلح عروضهم للمشاركة في العملية ، كما يقصد  
من مثل هذه الصورة للكفالة عدم تخلي المشارك أو تراجع عن العرض  
الذي تقدم به إذا أحييت عليه المزاودة أو المناقصة بسبب تغير الأسعار ،  
والكفالة المؤقتة بما يدل عليه معناها سبيل تقديم الكفالة الدائمة إذا حقق  
من تقدم بها هدفه من هذا التقديم والا تصبح لاغية .

##### ب - الدائمة :

وتسمى في بعض الصور كفالة حسن التنفيذ وتضمن التعويض عن  
ضرر الاخطار التي تحدث نتيجة تخلي المكفول عن اتمام التزاماته ، أو الوفاء  
بهذه الالتزامات بصورة تخالف شروط العقد .

وقضى مجلس الدولة الفرنسي في قرار صدر بتاريخ ١٩٨٥/٣/٨ بقوله :

« إن البنك في الكفالة النهائية يضمن الى جانب حسن التنفيذ ، الوفاء بأية مبالغ قد يصير عميله المقاول مديناً بها لرب العمل بمناسبة الصفقة ، بما في ذلك الفوائد والتعويضات وذلك في حدود مبلغ الكفالة ذاته » (٣٦) .

وهذه الصورة للكفالة المصرفية لها مخاطرها على البنك بسبب طول مدتها ، لان التزام البنك يتعين أن يستمر طيلة استمرار التزام المكفول ، ولتفادي مثل هذه المخاطر فان البنوك تلجأ عادة الى جعل هذه الكفالة محددة بأجل ينتهي بانتهائه التزامها . والبنوك في ذلك لا تتخلى عن عميلها بل تجعل إبرام عقد الكفالة محدد المدة يجدد بعد انتهائها ، وهي لا تقوم في ذلك اذا شعرت أن العميل أصبح في وضع مضطرب كما أنها تتفادي احتمالات خطر افلاس العميل أو اخلاله بالشروط وذلك بالتخري عن مركزه المالي وكفائه وكل ما من شأنه ضمان تادية العمل المنوط به .

#### ١٩- صور أخرى للكفالات :

##### ١ - الكفالات القضائية .

##### ب - كفالات ضمان تقديم مستندات أو وثائق .

والصورة الأولى تأمر بها المحكمة في غير الحالات التي يكون العميل ملزماً بتقديم كفيل بمقتضى اتفاق بينه وبين الدائن أو بمقتضى أحكام القانون (٤) مثل الكفالة التي تقدم لوقف تنفيذ الحكم أو لوضع الحجز التحفظي أو لرفع الحجز التحفظي أو منح السفر .

(٣) انظر د . بصراني مجلة : المراجع السابق ص ٤٦٨ .

(٤) تختلف صور الكفالة القضائية عن الكفالة القانونية ذلك ان صور الكفالة القانونية يفرضها القانون بحيث سمح للدائن في ظروف معينة أن يقدم كفالة أما الكفالة القضائية فهي تلك التي فوض القانون للقاضي سلطة إلزام المدين بتقديمها .

والصورة الثانية تضمن تقديم مستندات كشهادة من منشأ البضاعة المستوردة التي تقدم عادة الى دائرة الجمارك ، وشهادة الاستيراد اذا فقدت أو تاجل صدورهما وكانت البضاعة قد وصلت ويتوجب التخليص عليها ، وهذه الصورة تتم على شكل تعهد مكتوب من البنك يضمن فيه تنفيذ شروط حدتها دائرة الجمارك .

## ٢٠ - تطبيقات أوجه استخدام الكفالات المصرفية :

أ - كفالة الدفعة الأولى المقدمة من أحد المتعاقدين للآخر .

ب - كفالة حسن التنفيذ .

ج - كفالة السندات المفقودة .

د - الكفالة القضائية والقانونية .

هـ - كفالة الاشتراك في المزاودة أو المناقصة .

و - كفالات العطاءات والخدمات .

ز - كفالات مصرفية لغايات أحكام قانون الجمارك .

ح - كفالات لغايات السفر .

ط - كفالات خارجية ، وهذا النوع يتم على أساسه تنظيم العقود عندما يكون أحد طرفي العملية شخصاً غير مقيم في البلاد ويتعهد البنك بموجب هذا العقد ضمان الالتزامات التي تترتب على مكفوله المدين ، وقد تكون هذه الكفالة مضمونة أو معطاة من قبل بنوك في الخارج وتعطى هذه الكفالات بناء على طلب عميل غير مقيم لصالح مستفيد مقيم ، أو بناء على طلب عميل مقيم لصالح مستفيد مقيم (٥) .

(٥) لا تعني بالمصطلح غير مقيم الشخص الأجنبي أو العنصر الأجنبي وفق نص القانون الدولي الخاص ، لأن المواطن مقيم دائماً طالما احتفظ بالجنسية ، ولا يعتبر الأجنبي غير مقيم دائماً .

راجع في ذلك د - محي الدين اسماعيل علم الدين : خطاب الضمان والأساس القانوني لالتزام البنك ، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة سنة ١٩٦٧ ص ٢٦ .

## المطلب الثاني

### الكفالات الخارجية الوطنية والأجنبية

٢١- تصدر الكفالة المصرفية عن مصرف يتعهد بموجبها وفاء التزام في ذمة عميل لدائه ، وقد تكون الكفالة لصالح مستفيد يقيم في البلد الذي يمارس فيه البنك مصدر الكفالة عمله أو لمستفيد غير مقيم في ذات بلد البنك . وقد يكون العميل والمستفيد مقيمين (Residents) وقد يكونا غير مقيمين (Non Residents) وقد يكون أحدهما مقيماً والآخر غير مقيم (١) .

وقد تصدر الكفالة المصرفية بناء على طلب عميل غير مقيم لصالح مستفيد مقيم كما قد تصدر بناء على طلب عميل مقيم لصالح مستفيد غير مقيم ، كما قد تصدر بناء على طلب عميل غير مقيم لصالح شخص غير مقيم ، لذلك نجد ان هناك صوراً ثلاث للكفالات المصرفية الخارجية وهي :

- ١ - الكفالة الصادرة بناء على طلب عميل غير مقيم .
- ٢ - الكفالة الصادرة لصالح مستفيد غير مقيم .
- ٣ - الكفالة الصادرة بناء على طلب عميل غير مقيم لصالح مستفيد غير مقيم (٢) .

### ٢٢- الكفالة الخارجية نوعان وطنية وأجنبية :

- الوطنية : هي الكفالة التي يصدرها أحد البنوك المحلية في الدولة بناء على طلب عميل فيها سواء كان المستفيد منها داخل البلاد أو خارجها (٣) .

---

(١) لا يقصد بالمقيم المواطن كما لا يقصد بغير المقيم الأجنبي وليس كل أجنبي غير مقيم .  
(٢) انظر د . محي الدين اسماعيل علم الدين : الموسوعة ، المراجع السابق ص ٥٥٧ .  
(٣) يسمى البعض هذا النوع من الكفالات كفالات البلاد ، ونحن لا نميل الى هذه التسمية لتضايك المايير التي يمكن بواسطة أحدها تمييز الكفالة المصرفية وفيما اذا كانت بناء على طلب العميل أم لا . انظر المحامي سويلم نصير : المراجع السابق ص ٣٩ .

- **الأجنبية :** هي الكفالة التي يصدرها أحد البنوك المحلية بناء على طلب بنك أجنبي أو أحد فروع البنك المحلي أو الأجنبي في الخارج وذلك بأن يطلب أحد هذه البنوك الى بنك محلي إصدار كفالة مصرفية الى مستفيد قد يكون مقيماً وقد يكون غير مقيم ، وهذا النوع من الكفالات تقوم به البنوك المحلية على أساس من التعاون فيما بينها وبين البنوك الأجنبية وفقاً لمبدأ المعاملة بالمثل من جهة ومن أجل تحقيق عمولة إصدار هذه الكفالة من جهة ثانية .

ومن تطبيقات هذه الكفالة ، لجوء الشخص غير المقيم في الأردن الى البنك الذي يتعامل معه في تركيا ليقدم له ضماناً بكفالة مالية مقابل عطاء احيل عليه في الأردن ، وتبدو واضحة عندما يتصل البنك في تركيا بأحد البنوك المحلية في الأردن ويطلب منه إصدار كفالة مصرفية لصالح الشخص الذي تعامل معه المكفول .

وفي هذا المثال نجد ان الدائن مضمون من جهات ثلاث :

**الأولى - المدين** .

**الثانية - البنك الأجنبي** .

**الثالثة - البنك الوطني** .

أما صور الكفالات المصرفية الخارجية وتطبيقاتها فالحديث عنها فيما يلي :

**٣٣- أولاً - الكفالة المصرفية الواردة بناء على طلب شخص غير مقيم :**

هذه الصورة للكفالة المصرفية تتم على أساس ان الشخص غير المقيم يسعى لدى البنك الذي يتعامل معه لمنحه كفالة لصالح شخص مقيم والسبب في ذلك ان الأخير يطلب الكفالة أما كشرط لدخول المزايدة ، أو لضمان الدفعة الأولى أو لضمان إعادة الأجهزة والمعدات . ذلك لان الدخول في المناقصات أو المزايدات في العطاءات لا يتحقق الا لمن استوفى الشروط التي تطلبها الجهة المعلنة ، وغالباً تكون الكفالة المصرفية أول هذه

الشروط ، وبهذه الحالة يسعى الراغب في الدخول في العطاء لدى البنك الذي يتعامل معه في مكان اقامته ليطالب منه منحة كفالة لصالح الجهة التي ينوي التعامل معها اذا احيل العطاء عليه ، واذا وردت الكفالة من البنك الاجنبي وقبل المستفيد بها فان احكام الكفالة كما وردت سابقا تطبق عند حدوث أي نزاع بشأنها<sup>(٤)</sup> أما اذا طلب المستفيد ان يتدخل بنك محلي فانما يفضل ذلك لتفادي الصعوبات والتعقيدات التي تصادفها اذا بادر للمطالبة بقيمة الكفالة<sup>(٥)</sup> وبهذه الحالة يتحقق تدخل البنك المحلي في احدى صور ثلاث :

**الأولى -** يقوم البنك المحلي بالتوسط فيما بين البنك الاجنبي والمستفيد ليبلغ الأخير ان البنك الاجنبي اصدر كفالة لصالحه وانه يبرز التزام هذا البنك بتوقيعه بما يجعله ملتزماً في مواجهة المستفيد بالتضامن مع البنك الاجنبي مصدر الكفالة .

**٢٤- الثانية -** يقوم البنك المحلي باصدار الكفالة مباشرة لصالح المستفيد الذي طلب من الشخص غير المقيم تقديمها على ان اصدار البنك المحلي لهذه الكفالة يتم بناء على طلب البنك الاجنبي .

وتتصور العلاقات المتشابهة في هذه الصورة كما يلي :

— علاقة المستفيد بالشخص غير المقيم والتي اساسها مشروع لابرام عقد مقابولة ، أو استيراد أو تصدير ... الخ .

— علاقة الشخص غير المقيم بالبنك الاجنبي كممثل له يسعى عنده للحصول على تسهيلات مصرفية من بينها الكفالة المصرفية .

---

(٤) يراعى في هذه الحالة احكام القانون الدولي الخاص الذي يحدد القانون الواجب التطبيق ذلك لان المنازعة اذا نشبت تكون ذات طرف اجنبي .

(٥) من هذه الصعوبات ما يرجع الى جهل بعض اللغات الأجنبية التي تحرر بها الكفالة أو الاختلاف على ترجمة الشروط الواردة فيها ومن هذه الصعوبات ما يرجع الى اشتراط المستفيد الى اللجوء للقضاء الاجنبي وما يترتب على ذلك من تحمل نفقات كبيرة . انظر في ذلك د. بشراني نجات : المرجع السابق ص ٥٢٠ .

- ـ علاقة البنك الأجنبي بالبنك المحلي وأساسها المعاملة بالمثل والمعمولة التي يحصل عليها كل طرف .
- ـ علاقة البنك المحلي بالمستفيد وأساسها الالتزام الناشئ عن عقد الكفالة التي أصدرها .

والصورة الثانية بعلاقتها المتشابكة كما ذكرناها تنتهي بأن البنك المحلي هو الملتزم في مواجهة المستفيد بمفرده ، ولا يلتزم البنك الأجنبي بشيء في مواجهة المستفيد ، أما العلاقات الأخرى فتحكم كل علاقة منها قواعد مختلفة<sup>(٦)</sup> ولا نرى كما يرى البعض أن الكفالة التي يصدرها البنك المحلي نابعة لكفالة صدرت عن بنك أجنبي ذلك لأن الكفالة الأجنبية إذا وردت إلى البنك المحلي وأيدها بتوقيمه وقبلها المستفيد أصبح البنكان المحلي والأجنبي متضامنين في مواجهة المستفيد بصفتها كفيلين للمدين عميل البنك الأجنبي الذي طلب إصدار الكفالة لصالح المستفيد ، أما إذا صدرت الكفالة من البنك المحلي بناء على طلب بنك أجنبي ، فلا تكون بصدد كفيل ضمن كفيل آخر كما هو في الصورة الأول ، بل أن العلاقة فيما بين البنك المحلي والمستفيد مستقلة عن علاقة البنك المحلي بالبنك الأجنبي ومختلفة عنها ، لأن الأولى أساسها عقد الكفالة التي التزم البنك المحلي بشروطها في مواجهة المستفيد والثانية أساسها العقد الذي وافق

(٦) راجع د. محي الدين إسماعيل علم الدين : المرجع السابق ، ص ٥٥٧ ويقول « لا يودع البنك الأجنبي شطاه لخطاب الضمان ، وإنما يتعهد لدى هذا البنك (المحلي) بأن يدفع له كل ما يتجمله من مدفوعات نتيجة لإصدار الخطاب » .

يجدر بالذكر أن هذا الكاتب لا يرى فرقاً بين الكفالة المصرفية وخطاب الضمان وقارن د. سميرة القليوبي : النظام القانوني لخطابات الضمان المصرفية . مجلة القانون والاقتصاد لسنة ١٩٤٤ العددان ١ ، ٢ ص ١٨ . حيث تقول « ويعتبر تصديق البنك المحلي تطبيقاً للقواعد العامة في القانون التي تنظم به بأنه إذا التزم المدين بتقديم كفيل وجب عليه أن يقدم شخصاً موصراً مقيماً بصر » م ٧٧٤ مدني مصري .



عليها البنكان بإيجاب وقبول وانتهى بإبرام عقد تم تحديد شروطه وفق الاعراف المصرفية واتفاقهما .

**الثالثة -** يقوم البنك المحلي بإبلاغ المستفيد الكفالة الصادرة عن البنك بناء على طلب العميل على نحو لا يتحمل البنك المحلي أية مسؤولية أو ضمان للمستفيد الا فيما يتعلق بصحة توقيع البنك الأجنبي على الكفالة أو الرقم السري الواردة به (٧) .

#### ٢٥- **ثانياً - الكفالة المصرفية بناء على طلب عميل مقيم :**

على عكس الصورة الأولى للكفالة الخارجية التي تصدر بناء على طلب عميل غير مقيم ، فهذه الصورة تتحقق عندما يطلب العميل المقيم من البنك المحلي ان يصدر كفالة لصالح مستفيد غير مقيم ، ويتم ذلك عندما يبرم العميل المقيم صفقة في دولة أجنبية ويطلب منه المستفيد الأجنبي ان يقدم كفالة بمقدار الأقساط المؤجلة وقد يطلب البنك المحلي الى البنك الأجنبي ان يتوسط بينه وبين المستفيد غير المقيم وبهذه الحالة يوقع البنك الأجنبي على سند الكفالة الوارد من البنك المحلي ليصبح متزامناً معه في مواجهة المستفيد غير المقيم .

كما قد يطلب البنك المحلي الى بنك أجنبي ان يصدر الأخير كفالة لصالح مستفيد غير مقيم ، وبهذه الحالة يصبح البنك الأجنبي ملتزماً بمفرده في مواجهة المستفيد ، الا انه يرجع بما يدفعه على البنك المحلي وفق شروط عقد إبرامه معه قبل ان يصدر الكفالة (٨) .

---

(٧) يرى البعض ان الكفالات الخارجية تصدر : أولاً بدون مسؤولية ، ثانياً كفالات مزورة ، ثالثاً كفالات مقابلة وهذه الصورة تتقابل الصورة التي نراها للكفالة الخارجية .

انظر هذا الرأي المحامي الاستاذ سويلم نصير : المرجع السابق ، ص ٥١ .

(٨) انظر د<sup>٥</sup> علي جمال الدين عوض : خطايات الضمان المصرفية ط ١٩٩١ ص ٣٧ ويقول ان هذه الضمانات قد يترتب عنها تحويل مبالغ بالعملة الأجنبية الى الخارج فيما لو طلب المستفيد غير المقيم .

وأخيراً فإن صور الكفالات الخارجية التي يتدخل البنك المحلي فيها سواء كان ضامناً أم متضامناً أم متضامناً لا بد أن يحصل قبل إصدارها على موافقة البنك المركزي وفق القوانين المرعية والتعليقات التي يصدرها بالإضافة الى ضرورة مراعاة أحكام قانون مراقبة العملة الأجنبية ونظام مراقبة الأعمال الأجنبية(٩) .

---

(٩) انظر نص المادة ٩ من قانون مراقبة العملة الأجنبية .

## المطلب الثالث

### حدود التزام البنك في الكفالة المصرفية

٢٦- لا تكون الالتزامات التي يربتها العقد صحيحة الا اذا كان العقد صحيحاً ، واذا كانت غير صحيحة فلا تحدث أثراً على عاتق من تحملها من المتعاقدين ، وفي عقد الكفالة المصرفية لا يكون العقد صحيحاً ينتج التزامات يترتب عليها آثاراً بذمة أحد المتعاقدين الا اذا كان الالتزام المكفول صحيحاً<sup>(١)</sup> سواء كان مبلّغاً من النقود أم عملاً أم امتناعاً عن عمل ، وتصح كفالة جميع الالتزامات سواء كانت ناتجة عن العقود أم عن غيرها<sup>(٢)</sup> وبهذا يصح القول أن كفالة الالتزام الصحيح صحيحة حتى لو كان الباحث على إبرام عقد الكفالة مخالفاً للنظام العام<sup>(٣)</sup> .

ومن جهة ثانية فإن كفالة الالتزام الباطلة باطلّة ، لأن عقد الكفالة عقد تابع يكون باطلاً تبعاً للالتزام الذي كان سببه ، ويجوز للكفيل كما للمدين الدفع بهذا البطلان .

وفرق الفقهاء بين حالتين لتقرير ما اذا كان لالتزام الكفيل أي أثر قانوني باعتباره التزاماً أصلياً يتمتع باستقلاله وفق معيارين .

(١) هنا هو حكم الشريعة الإسلامية ، وورد في المادة (٦٣٦) من المجلة أنه يلزم في الكفالة بالمال أن يكون المكفول به مضموناً على الأصل . بمعنى أن يكون ابتداءً متوجّباً على الأصل لتصح الكفالة بضمن المبيع وببدل الاجارة وسائر الديون الصحيحة .

ونظر نص المادة (٩٥٤) من القانون المدني والمادة (٧٧٦) من القانون المدني المصري حيث نصت على أنه « لا تكون الكفالة صحيحة ، الا اذا كان الالتزام المكفول صحيحاً » .

(٢) انظر د. محمد كامل مرسي : شرح القانون المدني \* العقود (المسألة ط ١٩٤٩ ص ٤٣ وما بعدها .

(٣) د. محمد كامل مرسي : المرجع السابق ص ٤٣ وما بعدها .

## ٢٧- الحالة الأولى : حالة جهل الكفيل بظان الالتزام الأصلي :

وبهذه الحالة يكون التزام الكفيل باطلاً حتى باعتباره التزاماً أصلياً .  
ويتجه القائلون بهذا المعيار الى وجود غلط في طبيعة التزام الكفيل ،  
وهذا الغلط وضعه في موضع لم يقصد به التعهد بصفة أصلية .

## ٢٨- الحالة الثانية :

يكون فيها التزام الكفيل صحيحاً بحيث يصبح هذا الالتزام أصلياً ،  
ويتجه القائلون بهذا المعيار الى أن الكفيل لم يقصد التعهد بالتزام سابق  
بل تعهد مع علمه انه اذا وفى الالتزام فان وفاءه لا يرتب له حق الرجوع  
على المدين ، على نحو تصبح ارادته متجهة الى دفع الدين بصفة أصلية(٤) .

ومن حيث التزام البنك فلا يختلف عن التزامات الكفيل في عقد الكفالة  
بمعنى أن البنك الكفيل لا يمتد التزامه الى أبعد من الحدود التي رسمها  
المتعاقدان ، ويمكن تحديد هذه الحدود من حيث محل عقد الكفالة وهو  
الدين المكفول ، والمبلغ المتفق عليه كموضوع الالتزام الكفيل ، وكذلك  
مدة عقد الكفالة .

أما من حيث الالتزام المكفول ، فاذا لم يكن محدداً لان طبيعته لا تؤدي  
الى تحديده وبيان اطاره ونطاقه على نحو يؤدي الى عدم امكان تحديد  
طبيعة هذا الالتزام ، فتكون الكفالة في هذا المجال غير محددة ويسأل البنك  
عن أي دين يتحملة المدين في مواجهة دائنه لان الالتزام المكفول دخل في  
اطار التخمين والتوقعات ، كما لو أبرم متعهد عقد كفالة مع البنك التزام  
به الأخير أن يكفل حقوق المتعاقدين من الباطن .

ولا يختلف الأمر بشأن حدود التزام البنك من حيث مقدار المبلغ  
موضوع الالتزام بالكفالة ، اذ يكفل البنك الدين وملحقاته في حدود

(٤) د . محمد كامل عرسى : المرجع السابق ص ٤٥ .

المبلغ موضوع الالتزام ، أما اذا لم يحدد هذا المبلغ فإن البنك يضمن الدين وملحقاته كاملة . وهذا يعني انه اذا ضمن البنك تنفيذ التزامات العميل المكفول بمقتضى عقد معين ، فانه يكون مسؤولا عن تنفيذ تلك الالتزامات التي يسأل عنها المدين نفسه بمقتضى العقد ، وتطبيقاً لذلك ، اذا كفل البنك عميله بمبلغ ذكر حده الأقصى ، فإن التزامه لا يتعدى الى أكثر من هذا الحد ولا يمتد الى المبلغ المذكور في عقد الكفالة ، وهو لا يضمن الفوائد اذا لم تذكر في العقد .

وهذا ما نصت عليه المادة (٩٦٠) من القانون المدني بأنه ( تشمل الكفالة ملحقات الدين ومصرفات المطالبة ما لم يتفق على غير ذلك ) .

ونصت المادة (٧٨٠) من القانون المدني المصري بأنه ( لا تجوز الكفالة في مبلغ أكبر مما هو مستحق على المدين ، ولا بشرط أشد من شروط الدين المكفول ، ولكن تجوز الكفالة في مبلغ أقل وبشروط أهون ) . ونصت المادة (٧٨١) من ذات القانون بأنه ( اذا لم يكن هناك اتفاق خاص ، فإن الكفالة تشمل ملحقات الدين ومصرفات المطالبة الأولى ، وما يستجده من المصرفات بعد اخطار الكفيل ) .

ونصت المادة (٢٠١٥) من القانون المدني الفرنسي بأنه ( لا يجوز أن تتعدى الكفالة الحدود التي عقدت فيها ) . والمادة (٢٠١٦) من ذات القانون بأن ( الكفالة غير المحددة لالتزام أصلي تشمل كل توابع الدين حتى المصرفات الخاصة بالمطالبة الأولى وكل المصرفات اللاحقة لمطالبة الكفيل ) واتجهت النية الى تعديل هذا النص بموجب مشروع قانون كان قد أهد بالاشتراك بين فرنسا وإيطاليا وأضيف اليه ( الا اذا وجد اتفاق بخلاف ذلك ) .

أما بشأن المدة المحددة في عقد الكفالة ، فإن الكفالة في هذا المجال  
نوعان :

الأول - الكفالة غير المحددة المدة ، وهذا النوع يمكن الفاؤه من طرف  
الكفيل في الوقت الذي يقرره بإرادته المنفردة .

الثاني - الكفالة المحددة المدة ، وهذا النوع لا يمكن للكفيل أن يلغى  
إرادته المنفردة التزامه قبل انتهاء المدة .

ولتحديد أنواع الكفالة لهذه الجهة وبيان ما هي الكفالة المحددة المدة  
وغير المحددة يتعين بيان طبيعة وهدف وباعث العقد المبرم بين البنك  
والدائن من جهة ، وبين البنك وعميله من جهة أخرى .

وقضت محكمة النقض الفرنسية في ذلك بالقول « ان الكفيل الذي  
يضمن الوفاء بالتزامات المكفول الى أن يتم الوفاء الكامل بالدين ، يعتبر  
التزامه محدد المدة ولا يمكن الفاؤه ، وتأييد هذا الحكم وأصبح من  
المبادئ المستقرة في القضاء الفرنسي ، حيث صدر عن محكمة النقض  
الفرنسية عدة قرارات قضت بأنه « عندما تكون الكفالة قد منحت  
وقبلت الى غاية أجل محدد بالتنفيذ الكامل للالتزام بالوفاء ، فانها تشكل  
التزاماً محدد المدة ، هذا الالتزام الذي لا يمكن الفاؤه بالإرادة المنفردة  
للكفيل وحدها قبل حلول الأجل المقرر » (٥) .

وعلى هذا الأساس فإن الالتزامات التي كفلها البنك بموجب التزاماته  
الناشئة عن عقد الكفالة ، يكون مسؤولاً عنها اثناء مدة الكفالة المحددة  
بحيث تنتهي مسؤوليته بعد انقضاء المدة ، ويشبه هذا الوضع ، الوضع  
الذي ينهي فيه الكفيل العقد غير المحدد المدة والذي تنقضي على أساس منه  
التزاماته .

---

(٥) انظر الفقرة الحكيمة للقرار باللغة الفرنسية د. بشاري نجات : المرجع السابق ص ٣٧١ .

وأخيرا يمكن اجمال حدود التزامات البنك في الكفالة المصرفية بأنه لا يضمن أكثر من الدين المكفول ، ومرد ذلك ان عقد الكفالة عقد تابع لا يأتي بأكثر من الالتزام الأصلي ولا بشروط أشد<sup>(٦)</sup> وان البنك لا يضمن بعد انتهاء مدة كفالته للالتزام المكفول ، ولا يضمن بعد انتهاء العقد غير المحدد المدة ولو كان الانهاء بإرادته المنفردة . وبالتالي لا يضمن أكثر مما ورد في شروط العقد<sup>(٧)</sup> اذا كانت هذه الشروط لا تخالف النظام العام .

---

(٦) انظر المادة (٢٠١٣) من القانون المدني الفرنسي التي تقابل المادة ٧٨٠ من القانون المدني المصري .

(٧) تفرض بعض المصالح الحكومية في بعض الأحيان الكفالة المصرفية : إذا كانت محددة لبطان التزام الكفيل . وعلى أية حال فإنه إذا كان البنك يستطيع أن يحدد نطاق التزامه على وجه التقريب في عمليات قابلة لأن يتم تمييزها وتحديد مداها بدقة ، فإنه لا يستطيع ذلك في عمليات أخرى كما هو الحال في الكفالة التي تطلب من المميل أو كفالة الإيداع أو القبول والتي تمنح من البنك باعارة توقيمه على تعهد عام يضفي بموجبها بدون تحديد مجموع العمليات التي يباشرها عميله .

## المبحث الثالث

### أوجه الشبه والخلاف بين الكفالة المصرفية

#### وغيرها من عمليات البنوك

٢٩- أشرنا فيما سبق أن للكفالة المصرفية صوراً متعددة ، وإن بعض هذه الصور خصها العرف المصرفي بشروط تميزت بها عن الكفالة التي وردت أحكامها في القانون العام .

وإذا كان عنوان سند الكفالة والشروط الواردة فيه تمثل التزامات أطرافه ، فإنه لا يصح القول بأن التكييف القانوني للسند أصاحه هذا العنوان ، ذلك لأن السند لا يعتبر سند كفالة بدلالة عنوانه فحسب ، بل قد يكون كذلك رغم عدم ذكر العنوان .

وهناك حالات تستخدم فيها عبارة كفالة للدلالة على تأمينات عينية ، وبهذا يختلف السند الذي نظم علاقة أفراد من السند الذي نظم علاقات بين طرفين في التأمينات الشخصية .

ونناقش فيما يلي أوجه الشبه والخلاف بين الكفالة المصرفية من جهة ، وبين عقد تأمين الضمان والاعتماد المستندي المؤيد والحساب الجاري والضمان الابتدائي والنهائي وخطاب التزكية والتعهد عن الغير والوكيل بالعمولة الضامن من جهة ثانية في المطالب الثلاثة التالية ، ونتصدى بمد ذلك بإيجاز إلى التمييز بين الكفالة المصرفية وخطاب الضمان في مطلب خاص .



## المطلب الأول

### الكفالة المصرفية وعقد تأمين الضمان

٣٠- تأمين الضمان التزام يترتب على عائق شخص هو المؤمن كائن لعقد إبرمه مع شخص آخر هو المستامن ، ويفضي هذا العقد خطر عدم الوفاء بالدين المضمون عند حلول أجله .

وبهذا التعريف يقترب هذا العقد من عقد الكفالة ، ويتشابه معه في الآثار التي يحدثها كلا العقدين من حيث أن عدم تنفيذ الالتزام المضمون في العقدين يجعل الكفيل والمؤمن في دائرة الالتزام في الوفاء ، ورغم هذا التشابه بين الآثار في العقدين ، إلا أنهما يختلفان من حيث أن الكفيل يهدف إلى الوقوف إلى جانب المكفول ومساعدته في تقوية ائتمانه لدى دائنيه ، أما المؤمن فهو على عكس ذلك لا يرمى إلى مساعدة المدين بقدر ما يرمى إلى مساعدة الدائن الذي تدخل بناء على طلبه ولحسابه .

كما أن الدائن في عقد الكفالة لا يلتزم بمواجهة الكفيل بأية نفقات ، وإذا كان هناك نفقات فإن المدين المكفول هو الذي يتحملها في مواجهة الكفيل ، أما تأمين الضمان ، فإن الدائن الذي يسعى ليؤمن ديونه المؤجلة ضد إخطار عدم الوفاء بها في مواعيد استحقاقها يتحمل نفقات يرتبها عليه العقد وهي الأقساط التي يؤديها إلى المؤمن .

على أنه إذا كان نظام تأمين الضمان لم يعرف حتى الآن في عالم المؤسسات المالية والاقتصادية في الدول العربية فإن هذا النظام علا شأنه في معظم أنحاء العالم ، وكانت بدايته في فرنسا عام ١٩٤٨ حينما صدر

قرار وزير المالية الفرنسي لياذن لاثنتي عشرة شركة من شركات التأمين لممارسة هذا النوع من أنواع التأمين<sup>(١)</sup> .

ومن جهة أخرى فإن التزام الكفيل تابع لالتزام المدين المكفول ، وأنه على هذا الأساس لا بد أن يكون الالتزام الأصلي موجوداً وأنه صحيح ليرتب عليه وجود التزام الكفيل وصحته وهذا يعكس التزام المؤمن في عقد تأمين الضمان الذي يولد مستقلاً بما يعني أنه التزام أصلي .

أما الخلاف الرئيسي بين الكفالة المصرفية وتأمين الضمان فيبدو واضحاً في أن موضوع أو محل تأمين الضمان ليس تنفيذ الالتزام المضمون كما هو الشأن في عقد الكفالة وإنما التمويض عن الضرر الذي يلحقه المدين بالدائن بسبب عدم وفاء هذا المدين لديونه .

والمؤمن الذي يقوم بتنفيذ التزامه بالوفاء بالديون التي تعذر على المدين وفاءها بمواعيد استحقاقها لا يملك حق الرجوع على الشخص المؤمن (المستامن) ، في حين يرجع الكفيل على من قام بالوفاء بدينه وهو المكفول ، وأكثر من ذلك فهو محل الدائن الذي وفي له دينه ، في الرجوع على المدين بجميع حقوقه .

---

(١) انظر د<sup>٥</sup> بضراني نجاة : المرجع السابق ص ٣١٩ هامش ١ « كانت شركات التأمين في مصر تصدر حتى عام ١٩٧١ وثائق تأمين تدبها الكفالة وتضمن بموجبها أخطار عدم وفاء المدينين لديونهم في مواعيد استحقاقها » . وبتاريخ ١٩٧١/٩/٦ صدر عن المؤسسة المصرية العامة للتأمين قراراً منع شركات التأمين من إصدار مثل هذه الوثائق باعتبار أن هذه الأفعال تخص البنوك .

انظر في ذلك د<sup>٥</sup> سميحة القليوبي : النظام القانوني لخطابات الضمانات المصرفية . مجلة القانون والاقتصاد سنة ١٩٧٢ المجلد ١ ، ٢ ، ص ٢٨ وتري أن هذا النوع من التأمين لا يمثل فكرة المخاطر التي تقوم على أساسها عقود التأمين .

## المطلب الثاني

### الكفالة المصرفية والاعتماد المستندي المؤيد

٣١- الاعتماد المستندي سيجيء الحديث عنه في مبحث مستقل ، والحديث عنه في هذا الموضع لغايات التمييز بينه وبين الكفالة المصرفية ، وتبدو أوجه الشبه بين الكفالة المصرفية وخطاب الاعتماد المستندي من حيث ان الطرفين في كل عقدهما العميل والبنك وان الأول سعى للحصول على ضمان الثاني - غير أن أوجه الخلاف جوهرية ويتعين الوقوف عليها من التعريف بالاعتماد المستندي أولاً والاعتماد المستندي المؤيد من جهة أخرى (١) .

والاعتماد المستندي عقد يتعهد البنك بمقتضاه ان يفتح اعتمادا لصالح شخص هو المستفيد بناء على طلب العميل وهو الأمر بضمان مستندات تمثل بضاعة منقولة أو معدة للنقل (٢) وبموجب هذا التعهد يلتزم البنك فاتح الاعتماد بتنفيذ شروط الوفاء والقبول والخصم المتفق عليها .

والاعتماد المستندي يكون قطعياً (باقاً) ويكون قابلاً للإلغاء ، كما ان الأول جرى العرف المصرفي على اعتباره ملزماً بصورة قطعية ومباشرة تجاه المستفيد عن طريق تثبيته من قبل بنك آخر ، وعلى أساس من ذلك نقول أن معنى التأييد للاعتماد المستندي هو قيام البنك المراسل الذي توسط بين البنك فاتح الاعتماد والمستفيد بإضافة تأييده (تعزيزه) الى الاعتماد المستندي على نحو يصبح هذا الاعتماد معززاً بضمان آخر أضيف الى الضمانات السابقة .

(١) سيأتي الحديث عن الاعتماد المستندي في مؤلف مستقل يصدر قريباً .

(٢) انظر نص المراءد ٢٧٣ و ٢٧٥ ٢٧٨ من قانون التجارة العراقي ونصت الأخيرة على انه ( يجوز تثبيت الاعتماد اليات من مصرف آخر يلتزم بدوره بصفة قطعية ومباشرة تجاه المستفيد ) .

وانظر د. حياة شحاتة سليمان : مخاطر الائتمان في البنوك التجارية - رسالة دكتوراه جامعية القاهرة ١٩٨٩ ص ١٩٠ .

وهكذا فإن البنك فاتح الاعتماد والبنك المراسل الذي أيد الأول أصبحا مدينين لا على أساس التضامن كما هو شأن الكفالة المصرفية ، بل على أساس استقلال كل مدين منهما عن الآخر ، لأن الالتزام الذي نشأ على عاتق كل منهما مستقل عن الآخر (٣) وحول هذا الرأي قال بعض الفقهاء أن التزام البنك المراسل في حالة تأييد الاعتماد لا يعتبر التزاما تضامنيا بل التزاما تضامنيا (اتصافيا) وهو ما يعني أن البنك المراسل أضاف التزامه الى التزام البنك المنشئ ( فاتح الاعتماد ) .

ويرى القائلون بهذا الرأي أن البنك المراسل اذ يضيف التزامه الى البنك المنشئ انما يفعل ذلك في وقت لاحق لنشوء التزام البنك المنشئ (٤) .

ويقول الاستاذ الدكتور السنهوري « ليس الالتزام التضاممي هو في الأصل التزام تضاممي نزل درجة بعد أن استبعدت منه فكرة النيابة التبادلية ، بل ان للالتزام التضاممي منطقة وللالتزام التضاممي منطقة أخرى لا تتلاقى مع المنطقة الأولى ، والنظامان مستقلان أحدهما عن الآخر وليس الثاني مشتقا من الأول » (٥) . ويقول « الذي يميز الالتزام

(٣) ذهب بعض الفقه الى القول ان البنك فاتح الاعتماد والبنك المراسل الذي أيد الاعتماد متضامنان في الوفاء ، بما يعني أن المستفيد يستطيع مطالبة أيهما وإذا قام البنك المراسل المؤيد بالوفاء وجب على البنك فاتح الاعتماد لأنه يكون قد أوفى ما ترتب بلمعة البنك المنشئ ( فاتح الاعتماد ) وهذا يعطيه الحق في الرجوع عليه بما أوفى ويستطيع المستفيد الرجوع على البنك فاتح الاعتماد دون البنك المؤيد في حالة إفلاس البنك المراسل أو إعساره ومن الطبيعي في هذه الحالة ان لا يرجع البنك المنشئ على البنك المراسل .

(٤) الظر في ذلك « صليب بارس والمستشار ياقوت المشاوي : الاعتماد المستندي من المنظور العلمي والمنظور القانوني ط ١٩٨٤ ص ١٣٠ وما بعدها وورد في مؤلفهما بوشوع التكييف القانوني للتأييد لئ « نظام التضامن ونظام التضامن أو الانضمام مستقل أحدهما عن الآخر » .

(٥) المحرم الاستاذ الدكتور عبدالرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني الجزء الثالث ص ٢٨٦ هامش ٢ . راجع « علي جمال الدين عوض : الاعتادات المستندية ط ١٩٨٩ ص ٢٤ وما بعدها وقال ( تأييد الاعتماد التزام جديد من البنك الذي يخطر البائع يميز به التزام البنك الفاتح ) .

التضاممي عن الالتزام التضاممي ان المدينين التضامتين في الالتزام الاول لا تجتمع وحدة المصلحة المشتركة كما تجمع المدينين التضامتين في الالتزام الثاني ، ذلك ان التضامن يقتضي كما قدمنا وحدة المصدر ، ووحدة المصدر هذه هي التي تقتض وجود المصلحة المشتركة بين المدينين التضامتين ، أما في الالتزام التضاممي فالمصدر متعدد فلا محل اذن لافتراض وجود مصلحة مشتركة بين المدينين التضامتين (٦) .

أما من ناحية الآثار القانونية للالتزام الناشئ عن تأييد الاعتماد المستندي فيقول الدكتور السنهوري « هذه المصلحة (المشتركة) هي التي تبرر مبدأ أساسياً في التضامن يقتضي بأن كل مدين متضامن يمثل الآخرين فيما ينفعهم لا فيما يضرهم ... ومن أجل ذلك لا يقوم هذا التمثيل في الالتزام التضاممي حتى فيما ينفع اذ لا توجد مصلحة مشتركة ما بين المدينين التضاميين ، فإذا اعذر أحد الكفلاء المتوالين الدائن - والمثل خاص بكفلاء التزموا يعقود متوالية تالمنصوص عليه في المادة ٧٩٤ مدني - لم يكن الدائن معذوراً بالنسبة الى الكفلاء الآخرين واذا صدر حكم لمصلحة أحد هؤلاء الكفلاء لم يستفد منه الباقون » (٧) .

وعلى أساس ما تقدم نجد ان اختلافاً كبيراً بين الكفالة المصرفية والاعتماد المستندي المؤيد بلما واضعاً وفق ما تقدم من حيث استقلال كل التزام عن الآخر .

(٦) المرجع السابق ص ٢٨٥ .

(٧) نصت المادة ٧٩٢ من القانون المدني المصري على انه :

( ١ - اذا تمتد الكفلاء لدين واحد وبمقتد واحد وكالوا في تضامتين فيما بينهم ، قسم الدين عليهم ، ولا يجوز للمدائن ان يطالب كل كليل الا بقدر نصيبه من الكفالة .

٢ - اذا كان الكفلاء قد التزموا يعقود متوالية فان كل واحد منهم يكون مسؤولاً عن الدين كله ، الا اذا كان قد احتفظ لنفسه بحق التقسيم ) .

وانظر نص المادة ٩٧٤ من القانون المدني وورد على النحو التالي « اذا تمتد الكفلاء لدين واحد جازت مطالبة كل منهم بكل الدين الا اذا كفلوا جميعاً بمقتد واحد لم يشترط فيه تضامتهم فلا يطالب أحد منهم الا بقدر حصته » .

ونشير الى ان الفقه الفرنسي وجه نقداً الى القضاء الفرنسي عندما اصدر بعض احكامه وكيف عملية الاعتماد المستندي المؤيد على أنها كفالة . وتراجع القضاء الفرنسي عن التوجه بتكيف الاعتماد المستندي المؤيد بأنه كفالة ، وفي قرار لمحكمة النقض الفرنسية امتنعت عن تأكيد القول بأن تأييد الاعتماد والكفالة شيء واحد(٨) .

وهكذا نجد الالتزامات التي نتجت عن عقد الكفالة كآثر له تختلف عن تلك التي نتجت عن تأييد الاعتماد ، ذلك ان الالتزام الذي ترتب على عائق البنك المراسل مستقل عن التزام البنك المنشئ رغم ما قيل انه كان سببه ، بعكس الالتزام الذي يترتب على عائق البنك الكفيل ، والذي يعتبر بموجبه متضامناً مع المدين .

---

(٨) انظر في ذلك تفصيلاً د. بضراني نجات : المرجع السابق ص ٣٣١ وما بعدها .

عرفت المادة ١٠٣ من القانون الأمريكي الاتحادي البنك المؤيد بأنه ( ذلك البنك الذي يتعهد على نفسه ان يقبل أن يدفع قيمة الكمبيالات التي تسحب تنفيذاً للاعتماد ) وعرف القضاء الأمريكي البنك المؤيد بأنه « ذلك البنك الذي يلتزم التزاماً أصلياً بطلبات الاعتماد » مضار الى ذلك في د- حياة شحاتة : المرجع السابق ص ١٩٠ وقارن د- علي البارودي . المرجع السابق ص ٣٨٠ حيث يقول « يكون الاعتماد مؤيداً أو ممزواً وذلك في الحالات التي لا يتكفي فيها البالغ بتعهد بنك المشتري لكي يطمئن فيشترط ان يتدخل بنك ثاني ليضيف تعهده الى تعهد البنك الأول » وبذلك يرى ان هناك التزامين انضم أحدهما الى الآخر ولكن ليس على أساس التضامن .

## المطلب الثالث

### الكفالة المصرفية وعمليات البنوك الأخرى

#### ٣٢- الحساب الجاري :

يأتي الحديث تفصيلا عن الحساب الجاري في مبحث مستقل يصدر قريبا ، ونشير في هذا الموضع بإيجاز الى التعريف به بالقدر الذي يوضح الفرق بينه وبين الكفالة المصرفية .

والحساب الجاري عقد مؤسس على خيار الطرفين يرتب التزامات على عاتقهما ، ويموجه يتفق طرفاه على تبادل الأموال فيما بينهما ، وإذا كان هذا العقد يلتقى مع الكفالة المصرفية في أن كل واحد منهما رضائي وتابع لعقد كان سببه ، وإن الاعتبار الشخصي ملحوظ في أطرافه ، فإن الخلاف بين هذين العقدين يكمن في أن عقد الكفالة المصرفية ملزم لطرف واحد هو الكفيل ، وإن آثار عقد الكفالة هي رجوع الكفيل على مكفوله بما وفاه عنه للدائن .

أما عقد الحساب الجاري فملزم للطرفين ولا يضم أحد ذمته الى ذمة غيره ولوضوح الفرق واستحالة تشابه الكفالة المصرفية بالحساب الجاري واختلافهما ، ولأن الحديث عن الحساب الجاري سيأتي تفصيلا في دراسة مستقلة لذا نحيل الى ذلك وإلى المراجع المتخصصة (١) .

#### ٣٣- الضمان الابتدائي والنهائي :

هذا الضمان بنوعية عبارة عن تعهد يصدر عن مؤسسة تضمن بموجبه تدارك النتائج السيئة المحتمل تحققها ، وتبدو كثيرة الوقوع عند افلاس العميل المضمون ، ويكون تدارك هذه النتائج بإيجاد البديل للعميل الذي

(١) انظر في الحساب الجاري د. علي البارودي : المرجع السابق ص ٣٠٨ د. علي العريف : شرح القانون التجاري الجزء الأول ط ١٩٥٩ ص ٤٨٤ د. علي جمال الدين عوض : عمليات البنوك المرجع السابق ص ١١٦١ .

تعثرت أعماله واضطرب موقفه المالي ، أو قيام العميل المتعثر المضطرب البحث بنفسه عن البديل ، وتتحمل المؤسسة التي تصدر الضمان الخسارة التي تلحق المستفيد من الضمان ، على أنه لا يكون مقدار الضمان معيناً عند الاتفاق بشأنه ، لأن أحداً لا يستطيع التكهّن بمقدار المبالغ المتوقع دفعها إذا تحققت النتائج السيئة .

وبهذا التعريف للضمان يظهر الفرق بينه وبين الكفالة المصرفية ، في أنه تعهد بالقيام بعمل وليس تعهداً بالوفاء بمبالغ معينة أو قابلية للتعيين كما هو الشأن في الكفالة المصرفية .

#### ٣٤- خطاب التزكية :

خطاب التزكية لا يقصد محررة الارتباط تماقدياً مع من وجهة اليه ، واعتبره البعض التزاماً مئوياً ، ذلك لأن هذا الالتزام ليس موضوعاً للقيام بعمل أو تصرف معين<sup>(٢)</sup> وإن طبيعته القانونية غير محددة ، فإحياناً يمثل كفالة كما هو الحال عندما تكتب شركة الصيفة التالية ( سنبذل كل ما في وسعنا لكي نوفر لفرعنا المال اللازم الذي يمكنه من مواجهة التزاماته ) وأحياناً كثيرة لا يمثل هذا الخطاب أي التزام ويستخدم إذا رغب بنك أن يمنح اعتماده لفرع شركة ، ويريد الحصول على طمأنة من الشركة الأم ، أو إذا صدرت هذه الخطابات عن البنوك تزكي بموجبها عملائها لدى أشخاص يتعاملون معهم ، وبهذه الحالة لا يعتبر تدخل البنك بأصدار خطاب التزكية كفالة ، وعليه فإن البنك الذي اقتصر مضمون الخطاب الصادر عنه على دعوة شخص إلى اقراض مبلغ معين أو تسليم بضاعة لعميل من عملائه ، لا يمكن اعتباره كفلاً<sup>(٣)</sup> .

(٢) يطلق على هذا الخطاب في النماذج المصرفية - خطاب اعلان النوايا - انظر د. محمد شوقي شاهين : الشركات للشركة . رسالة دكتوراه جامعة القاهرة ١٩٨٧ ص ٥٧٨ ويقول « خطابات النوايا تنبع من رغبة الطرفين في إبرام العقد النهائي » ويقول « فهي لا تمثل عقداً أو وصفاً بالتعاقد » .

(٣) لا تتحقق الكفالة إلا إذا تولت لدى الشخص الرقبة في التبدل ككفيل ومدة الرقبة لا بد أن تكون صريحة وواضحة ، انظر د. السنهوري : المرجع السابق ص ٧٣ .



ورغم ذلك فإن تخوف البنوك من تفسير خطاب التزكية انه كفالة من جانبها ، دفعها الى ابعاد احتمال اعتباره كفالة بوضع عبارات صريحة تدل على أنه ليس كذلك ، ومن التطبيقات القضائية قضاء محكمة استئناف باريس في حكم لها قالت ان « الالتزام الذي يتحمل به بنك ان يوفي للمكتتبين في أسهم شركة بقيمة هذه الأسهم في تاريخ محدد وذلك بناء على رغبتهم الممثلة في عدم الاحتفاظ بتلك الأسهم في ذلك التاريخ ، لا يعتبر كفالة وانما وعداً بالشراء » وقضت كذلك بالقول « وحيث انه وان كان من المؤسف حقاً ان تقوم شركة في مركز الائتمان التجاري والصناعي بتزكية شركة لا تعرف بالتحديد حقيقة مركزها المالي الا انه مع ذلك لا ينبغي الاغفال بأن البنك فضلا عن انه لم يتحمل بأي التزام شخصي في مواجهة المدعين ، فان الخطاب الذي بثته لهما قد اقتصر على تزكية الأنظمة الداخلية وان المدعين بعد الدراسة الأولية التي قاما بها لا ينبغي ان يلوما سوى نفسيهما اذا كانا قد أخطا في تقدير اتها وتخميناتهما (٤) » .

وأخيرا لا يعتبر البنك كفائلا اذا أعطى معلومات عن أحد عملائه بأنه مليء ، الا اذا كان يقصد الالتزام بالكفالة وان ارادته تتجه الى ذلك (٥) .

### ٣٥- التمهيد عن الغير :

عندما يلتزم شخص أن يقوم بعمل عن غيره يكون قد تمهد عن هذا الغير بالتزام أصلي ، وهذا يعني أنه اذا التزم الغير بتنفيذ ما تمهد به الآخر فلا يسأل من تمهد - على خلاف الكفيل - عن تنفيذ الالتزام ،

(٤) انظر هذه الاحكام وغيرها د<sup>٦</sup> بطراني لجة : المرجع السابق ص ٢٩١ هامش ٢ .

(٥) اذا افترض ان التزكية أو المعلومات الصادرة عن البنك غير صحيحة اما من قصد أو رعية وتسرع فانه بذلك يسأل عن خطأ ارتكبه أو نتج عنه ضرر وفق احكام المسؤولية التصريية - راجع د<sup>٦</sup> السنهوري : المرجع السابق ص ٧٣ .

وانظر د<sup>٦</sup> علي جمال الدين عوض : عمليات البنوك ، المرجع السابق ص ١٠٧ وما بعدها .

لانه بمجرد ان يوافق الغير على الالتزام يتحرر المتعهد من التنفيذ واذا رفض الغير تنفيذ الالتزام ، التزم المتعهد بتعويض الطرف الآخر في العقد ولا يرجع على الغير بما وفي ، وتطبيقاً لذلك ، لا يوجد التزام المتعهد عن الغير مع التزام الغير في آن واحد على الرغم من عدم وجود ما يتمتع المتعهد أن يكفل تنفيذ الالتزام الذي تمهده وقامه عن الغير ، وهو بهذه الحالة يقوم بدور المتعهد الى حين اعراب الغير عن قراره بتنفيذ الالتزام أو الامتناع ، وعندها يقوم المتعهد بدور الكفيل الى حين تنفيذ الالتزام<sup>١٦</sup> .

### ٣٦- الوكيل بالعمولة الضامن :

الوكيل بالعمولة - هو من يعمل باسمه الخاص أو تحت عنوان تجاري لحساب من وكله ، ويستوى في ذلك ان يكون الوكيل بالعمولة شخصاً طبيعياً تماقذ باسمه الشخص أو معنوياً يتعاقد باسم عنوان تجاري<sup>(١٧)</sup> .

ولا نجد الخلاف بين أنواع الوكالة ظاهراً سواء بين الوكالة بالعمولة أو الوكالة التجارية والوكالة المدنية الا في ان الأخيرة تبرعية ، وان باقي

(٦) انظر نص المادة ٢٠٩ من القانون المدني وما يقابلها نص المادة ١٥٣ من القانون المدني المصري وورد الحكم في كلا النصين واحداً وجاءت صياغة النصين حرفياً على النهر التالي  
« اذا تمهّد شخص بأن يحصل الثمن يلتزم بأمر فلا يلزم الغير بتمهده فلذا رفض الغير ان يلتزم وجب على المتعهد ان يوفى من تماقذ معه ويجوز له مع ذلك ان يتخلص من التعويض بأن يقوم هو بنفسه بتنفيذ الالتزام الذي تمهده به » .

(٧) انظر في ذلك المادة ٢/٨٠ من القانون التجاري الأردني وتنص على انه : « وبوجه خاص يسمى هذا العقد وكالة بالعمولة ويكون خاضعاً لاحكام الفصل الآتي عندما يجب على الوكيل ان يعمل باسمه الخاص أو تحت عنوان تجاري لحساب من وكله » .

وانظر المادة ٤ من قانون الوكلاء والوسطاء رقم ٢٠ لسنة ١٩٧٤ ووضح الشروط اللازمة توافرها في الوكيل بالعمولة - راجع د. محمد اسماعيل : المرجع السابق ص ٣١٥ وما بعدها . وانظر المادة ٩٤ من قانون التجارة الفرنسي حيث عرف المشرع الوكيل بالعمولة بأنه ذلك الذي يتصرف باسمه الشخصي أو باسم شركة لحساب الموكل « وهذا هو التعريف الوارد في المادة ٨١ من قانون التجارة المصري » .

أنواع الوكالات التجارية سواء كانت وكالات بالعمولة أم لا فهي عقود من عقود المعاوضة ، ولا يختلف الأمر بشأنها إلا في أن عقود الوكالة بالعمولة يتصرف الوكيل فيها باسمه الشخصي لحساب موكله على نحو يظهر بمظهر الأصيل في تصرفه مع الغير ، وعلى أساس ذلك لا تنشأ أية علاقة بين الغير والموكل ، ولا يكون لأي منهما أي دعوى مباشرة ضد الآخر .

أما من جهة الوكيل بالعمولة الضامن ، فهو ذلك الذي يكون مسؤولاً عن عدم وفاء الغير الذي تعاقد معه أو مسؤولاً عن عدم تنفيذ الالتزامات المترتبة على هذا الغير ، ذلك لأنه كفله أو قضى العرف التجاري بذلك (٨) ونصت المادة (٩٢) من قانون التجارة في الفقرة الأولى منه بأنه « فيما خلا الحالة المذكورة في المادة السابقة لا يكون الوكيل بالعمولة مسؤولاً عن عدم الوفاء أو عن عدم تنفيذ سائر الالتزامات المترتبة على الذين تعاقد معهم إلا إذا كفلهم أو كان العرف التجاري في المحل الذي يقيم فيه يقضي بذلك » وفي الفقرة الثانية بأنه « يحق للوكيل بالعمولة الذي كفل من يتعاقد معه أن يتناول عمولة خاصة باسم ( عمولة الضامن ) وبموجب هذا النص يضمن الوكيل بالعمولة التزامات الغير الذي تعاقد معه بما يعني أنه يضمن الصفقة التي أجراها معه على نحو مرض ، ويلتزم الوكيل هنا التزاماً أصلياً تجاه موكله ، لا على أساس كفالة الغير تجاه

---

(٨) انظر نص المادة الأولى من قانون وكلاء البيع بالعمولة الانجليزي (Factors Act) وعرفت الوكيل التجاري بأنه « الوكيل الذي يحوز وفقاً لنشاطه المعتاد سلطة بيع البضائع أو إيداعها بقصد بيعها أو شراء البضائع أو الحصول على المال بضمان البضائع » وقضت محكمة انجليزية في قضية ستيفن ضد بلر بأن « وكيل البيع بالعمولة لا يملك صفته هذه بمجرد أنه تصرف وفق تعليمات خاصة من موكله ، بأن يقوم ببيع البضائع باسم هذا الأخير » .

انظر في ذلك د. عبدالرزاق بويلدير : الأساليب القانونية والاختيارية لانضمام الوكالات التجارية . رسالة دكتوراة جامعة القاهرة ١٩٨٩ ص ٣٨ وما بعدها .

الموكل ، لأنه لا علاقة مباشرة بين الغير والموكل حتى يكون الوكيل بالعمولة ضامناً لدين الموكل الغير ، وبالإضافة الى ذلك فإن الكفيل لا يلزم بالكفالة الا اذا التزم مدينه أصلاً ، ولا نرى كما رأى البعض بأن شرط الضمان الذي اشتمل عليه عقد الوكالة باحمولة يؤدي الى القول أن العقد نوع من الكفالة<sup>(٩)</sup> وذلك للاختلاف البين الذي ورد آنفاً<sup>(١٠)</sup> .

---

(٩) انظر د. علي حسن يونس : العقود التجارية وعمليات البنوك من ١٢٦ . وقارن

د. سميرة القليوبي : المميز في القانون التجاري ط ١٩٧٨ من ٣٩٠ .

(١٠) انظر نص المواد ٨١ ، ٨٢ ، ٨٤ من قانون التجارة المصري .

## مطلب خاص<sup>(١)</sup>

### الكفالة المصرفية وخطاب الضمان

٣٧- يمكن تعريف خطاب الضمان بصورة مبدئية بأنه « تعهد مكتوب يصدره البنك بناء على طلب العميل بمناصفة عملية معينة ، يلتزم بموجبه ان يدفع الى طرف ثالث (المستفيد) مبلغاً تقديماً معيناً أو قابلاً للتعيين عند أول طلب يتلقاه من هذا الأخير خلال مدة سريان الخطاب على الرغم من أية معارضة يندهيها العميل المضمون(٢) » .

ومن هذا التعريف يستدل على خصائص خطاب الضمان بما يوضح الفرق بينه وبين الكفالة المصرفية ، ومع ذلك فان المعايير التي قيلت بشأن تحديد خطابات الضمان وطبيعتها وتكييفها القانوني والتي استقرت عليها آراء الفقه والقضاء ذات أهمية قصوى في بيان أوجه الشبه والخلاف بين الكفالة المصرفية واحدى صورها المسماة خطاب الضمان ، ولاننا سترجيء الحديث عن هذه المعايير لحين الحديث عن خطابات الضمان فاننا سنقتصر على ما يجاز الى أهم المعايير وهو الذي استند القائلون به الى ان خطابات الضمان ذات طبيعة استقلالية ، بما يعني ان التزام البنك كآثر للتعهد الذي صدر عنه بموجب خطاب الضمان مستقل عن العلاقة فيما بين عميله والمستفيد من الخطاب .

(١) سنأتي على بيان أوجه الاختلاف في هذا المطلب الخاص مباشرة ونشير الى ان الحديث عن خطابات الضمان بصورة تفصيلية سيكون في الباب الثاني .

(٢) انظر تعريف خطاب الضمان كما ورد في نص المادة (٢٨٧) من قانون التجارة المرالي وورد كما يلي : « خطاب الضمان تعهد يصدر من مصرف بناء على طلب أحد المتعاملين معه (الأمس) بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين لشخص آخر (المستفيد) دون قيد أو شرط اذا طلب منه ذلك خلال المدة المعينة في الخطاب ويحدد في خطاب الضمان الغرض الذي صدر من أجله » وتقرن مع نص المادة (٣٠١) من مشروع القانون التجاري المصري الذي عرف خطاب الضمان بأنه « تعهد بات يصدر من المصرف بناء على طلب شخص يسمى الأمر بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين بمجرد ان يطلب للمستفيد » .

ومظاهر استقلال هذا الالتزام يستند عليها من خصائص الالتزام ذاته وهذه الخصائص كما استقر عليها العرف :

١ - التزام البنك كائن لخطاب الضمان مجرد ومستقل عن أية علاقة سابقة سواء علاقة البنك بعميله الأمر أو علاقة الأخير بالمستفيد (الدائنين) .

٢ - التزام البنك كائن لخطاب الضمان التزام مباشر يتحمل على أساسه الوفاء للمستفيد دون الرجوع الى الأمر .

٣ - التزام البنك كائن لخطاب الضمان بات ونهائي ، وبذلك ليس للبنك الرجوع عن هذا الالتزام بعد صدور الخطاب ووصوله الى علم المستفيد ، وليس له رفض الوفاء بقيمته في أي حال من الاحوال .

أما في الكفالة المصرفية فلا يكون للدائن المستفيد الزام الكفيل بتنفيذ الالتزام الذي يتحمل به هذا الأخير في مواجهته ، الا اذا ثبت بالفعل ان الأمر الذي من أجله صدرت الكفالة قد تحقق .

ويتأكد البنك من ان هذا الأمر تحقق بمد أن يقدم الدائن المستفيد من الكفالة ما يثبت ذلك وهو بهذه الحالة حكم قضائي نهائي يدين العميل .

٤ - لا يلتزم البنك بمصدر خطاب الضمان باخطار عميله بعهده على الوفاء بقيمة خطاب الضمان على عكس الكفالة المصرفية التي يلتزم على أساس من شروطها بوجوب اخطار عميله المدين بأنه سيدفع قيمة الكفالة (٣) .

---

(٣) ان التزام البنك كائن لخطاب الضمان التزام أصلي والبنك بوفائه لقيمة الخطاب ليس نائباً عن عميله الأمر ، لذلك يعتبر هذا الالتزام مبادراً . وأكدت محكمة النقض المصرية في حكم صدر بتاريخ ١٢ نيسان ١٩٨٢ بأن خطاب الضمان وان صدر تنفيذاً للمقد المبرم بين البنك والمدين المتعامل معه الا ان علاقة البنك بالمستفيد الذي صدر خطاب الضمان لصالحه هي علاقة متصلة عن علاقته بالعميل اذ يلتزم البنك بمقتضى خطاب الضمان وبمجرد اصداره ووصوله الى المستفيد بوفاء المبلغ الذي يطالب به هذا الأخير باعتباره حلاً له يحكمه خطاب الضمان ما دام هو في حدود التزام البنك المبرم به . . . . . ويعتبر في هذه الحالة التزاماً مستقلاً عن المقد المتعاملين ( المتعاملين ) وهذا ما أكدته في أحكام عديده وهو ذات الاتجاه في القضاء الفرنسي .

٥ - ليس للبنك مصدر خطاب الضمان رفض الوفاء تحت أي سبب  
عدا الغش الظاهر \*

وعلى ذلك فمن المستقر عليه في التعامل المصرفي انه لا يجوز  
الامتناع عن الوفاء الا اذا ارتكب المستفيد غشاً ، ودرج القضاء الفرنسي  
الى ما قبل عام ١٩٨٥ الى الاستناد الى فكرة التمسف الظاهر لتقرير  
حق البنك في الامتناع عن الوفاء ، وتقوم هذه الفكرة على أن الأمر  
اذا نفذ جميع التزاماته تجاه المستفيد من الضمان فيصبح المستفيد  
متعسفاً اذا طالب البنك بقيمة خطاب الضمان وان هذا التمسف  
ظاهر يبرر للبنك الامتناع عن الوفاء \*

الا ان هذه الفكرة هجرت ورجع القضاء عن اعتمادها بعد صدور  
حكم محكمة النقض الفرنسية في ٢١/٥/١٩٨٥ والذي أكد بأن  
الطابع المستقل للالتزام البنك في خطاب الضمان يستبعد أية امكانية  
للاستناد الى شروط تنفيذ العقد الأصلي وان كون الأمر قد نفذ  
جميع التزاماته تجاه المستفيد من الضمان لا يسمح - ولو قام  
الدليل على صحة ادعائه - باعفاء البنك من تنفيذ التزامه بالوفاء \*

٦ - ليس للبنك الاحتجاج ضد المستفيد من خطاب الضمان بالدفع  
المستلمة من علاقته بعميله أو الدفع المستلمة من علاقة العميل  
بالمستفيد<sup>(٤)</sup> ذلك لان التسليم باستلام التزم البنك في الوفاء ناشيء  
عن استقلال العلاقة القانونية فيما بين البنك والمستفيد التي انشأت  
هذا الالتزام والذي يترتب على أساسه أعمال قاعدة عدم الاحتجاج

---

(٤) يفتد البنك حقه بالرجوع على المدين اذا اوفى قيمة الكفالة للمدين بدون إخلال المدين  
المكفول وفق شروط الكفالة وأكدت محكمة النقض المصرية ذلك بقولها : اذا قام البنك  
بصرف مبلغ الضمان للمستفيد فانه ليس للعميل ان يتحدى بوجوب اعطائه هو قبل  
صرف مبلغ التمويل للمدين في خطاب الضمان « نقض مصري بتاريخ ١٤/٥/١٩٦٤  
مشار اليه في د. بصراني نجاته : المرجع السابق ص ٥٩٠ هامش ٢ » نقض مصري  
١٩٦٩/١٢/١٣ ، ١٩٨٠/٢/١١ ، المرجع السابق ذات الموضع \*

بالدفع الناشئة عن علاقات قانونية لا شأن لها بالعلاقة القانونية بين البنك والمستفيد ، لان الدفع المستمدة من بطلان العلاقة الأصلية لا يجوز الاحتجاج بها الا في مواجهة المتعاقد المباشر<sup>(٥)</sup> بمعنى ان البنك يستطيع التمسك ببطلان علاقته مع المستفيد التي أساسها خطاب الضمان وليس من حقه ذلك استناداً الى أسباب ناشئة عن علاقة البنك مع المدين الأمر أو ناشئة عن علاقة المدين الأمر بالدائن المستفيد<sup>(٦)</sup> .

---

(٥) يتحقق الفسخ من جانب المستفيد في الاعتماد المستندي لتؤيد عن طريق تحريف المستندات ولا يقسمه ذلك وسائل الفسخ في خطابات الضمان ، وسنحاول أثناء الحديث عن خطاب الضمان ان نبين فكرة الفسخ التي تبرز للبنك مصدر الخطاب الإسخاع من وفاء قيمته .

(٦) مشار اليه في المرجع السابق ص ٥٩٦ عامتي ٢ .  
انظر وقائع الدعوى وسببها حكم النقض الفرنسي في المرجع السابق ص ٥٩٧ وما بعدها .  
انظر تمييز حقوق ٧٥/١٢ ص ١٢١٤ سنة ١٩٧٥ وورد في هذا القرار ما يميز الكفالة المصرفية من خطابات الضمان المصرفية كما يلي : « اذا ورد في بنود عقد الشروط العامة للكفالات الموقعة من الشركة المدعية والبنك المدعى عليه ان الطرفين المتعاقدين قد ارتضيا بأن يدفع البنك قيمة الكفالة الى الجهة المكفول لها بمجرد طلبها ذلك دون أن يكون ملزماً قبل ذلك بالتحقيق فيما اذا كانت قيمة الكفالة مشحولة بها ذمة الشركة أم لا ، فإن ما ورد في هذا البنود يعتبر ملزماً للطرفين المتعاقدين تطبيقاً للقاعدة ( المبدأ شريعة المتعاقدين ) وعلا باسكام المادة ١٧٤ من قانون أصول المحاكمات الجزائية » .



## الفصل الثاني

### الأساس القانوني للكفالة المصرفية

٣٨- أورد فقهاء الشريعة الإسلامية أحكام الكفالة بعد الحديث عن عقد البيع ، ذلك لانهم قرروا أن الكفالة لا تتحقق في الوجود الا بعد البيع ، على أساس أن البائع لا يطمئن الى المشتري فيحتاج الى من يكفله بالثمن ، أو لا يطمئن المشتري الى البائع فيحتاج الى من يكفله في المبيع (١) .

أما في القانون الوضعي فوردت أحكام الكفالة في القانون الفرنسي بعد الحديث عن العقود العينية ، وفي القانون المدني المصري قبل الحديث عن العقود العينية أي بعد الحديث عن عقد البيع ، وكذلك بالنسبة للقانون الأردني اذ وردت أحكام عقد الكفالة في المواد ٩٥٠ - ٩٩٢ على نحو سبقتها أحكام عقود البيع والهبة والشركة والقرض والصلح والاجارة والعمل والوكالة والقرر .

والكفالة تكون تجارية (Commercial) أو مدنية (Civil) (٢) وتكون قانونية أو قضائية أو اتفاقية (٣) .

(١) ابن عابدين : حاشية محمد أمين الشهير ابن عابدين ، المسماة رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار في لغة الامام أبي حنيفة ج ٤ ص ٣٦٠٤ . والكفالة لغة الضم قال تعالى « وكلها ذكراً » أي ضمها الى نفسه وجاء في المصباح المنير للرازي كملت بالمال والنفس كلا وجاء في القاموس المحيط ، والضامن كالكفيل .

(٢) لا تكون الكفالة مدنية أو تجارية تبعاً لنوع الالتزام المكفول ، اذ قد تأتي كفالة الدين التجاري عملاً مدنياً ولو كان الكفيل تاجراً . وقد حذفت المادة (٦) من قانون التجارة رقم ١٢ لسنة ١٩٦٦ الأصناف التجارية بما يعني ان الكفالة قد تكون عملاً تجارياً بطبيعته أو بحسب الشكل أو بالتيمة .

(٣) الكفالة القانونية هي التي تلتزم تنفيذاً لنص في القانون كما هو شأن المادة ١٧٧ من قانون التجارة والمادة ١٧٩ من ذات القانون ، حيث ألزمت الأولى المستفيد من سند السحب الضائع لذات الحصول على أمر من المحكمة بوفاء السند ان عقيبت ملكية السند أولاً وان يقدم كفيلاً ثانياً كما ألزمت الثانية في فقرتها الخامسة من يرغب المطالبة بوفاء قيمة السند الثانية من سند السحب الحصول على أمر من المحكمة وبشرط تقديم الكفيل . والكفالة القضائية هي التي يأمر بها القضاء أما الكفالة الاتفاقية فلا يفرضها القانون أو القضاء بل باتفاق اطراف العقد .

والكفالة التجارية تكون مصرفية وغير مصرفية . والاولى محور حديثنا والحديث عن الأساس القانوني للكفالة المصرفية يفرض تقسيم هذا الفصل الى ثلاثة مباحث ، نتحدث في الاول عن شروطها العامة كالرضا والأهلية والمحلل والسبب .

وفي الثاني نتحدث عن النظام القانوني للكفالة المصرفية . من حيث ابرام العقد ، واجبات البنك قبل التوقيع على العقد ، والمراحل التي تسبق ابرام العقد . أما في المبحث الثالث فنتحدث عن آثار الكفالة المصرفية كمقد أنشأ التزامات على عاتق أطرافه ، وهذه الالتزامات هي التي تحدد العلاقة القانونية بين أطراف العقد وهي آثاره .

## المبحث الأول

### الشروط العامة في عقد الكفالة المصرفية

٣٩٩- عقد الكفالة ككل العقود المسماة يشترط لانعقاده ذات الشروط الموضوعية التي تمت أركانه العامة ، وهذه الشروط الأهلية والرضا والمحل والسبب . بالإضافة الى شروط أخرى تقتضيها طبيعة هذا العقد ويتميز بها عن غيره .

ونناقش بإيجاز الشروط الموضوعية لعقد الكفالة كما نص عليها القانون المدني في المواد ١١٦ - ١٦٦ بما يفيد أن هذه الشروط هي أهلية التعاقد التي تتضمن الرضا وخلوه من الإكراه والتفريط والغبن والغلط وكذلك المحل والسبب في المطالب الثلاثة التالية :

## المطلب الأول

### الأهلية والرضا في عقد الكفالة

٤٠- يشترط ان يتمتع كل طرف من اطراف العقد بالأهلية اللازمة لمباشرة التصرفات القانونية ، ونصت المادة ١١٦ من القانون المدني ان كل شخص أهل للتعاقد ما لم تسلب أهليته أو يحده منها بحكم القانون» (١).

ونصت المادة ١٥ من قانون التجارة على أنه « تخضع الأهلية التجارية لاحكام القانون المدني » .

ونصت المادة ٤٣ من القانون المدني على أن « كل شخص يبلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية ، وسن الرشد هي ثماني عشرة سنة شمسية كاملة » (٢) .

وعلى أساس من ذلك فإن من بلغ ثمان عشرة سنة من عمره أو خمس عشرة سنة وكان مأذوناً له بمباشرة التجارة يكون ذا أهلية في التوقيع على عقد الكفالة المصرفية وتحمل آثاره اذا لم يكن مصاباً في أهليته بعارض من عوارضها ، والأهلية قد تسلب منه أو يحده منها بحكم القانون كالصغر والجنون والحجر أما عيوب الرضا فتفسد الإرادة أو تدمرها كالاكراه والتخريب والغبن والغلط . وأهلية الكفيل تعنى التزامه في أمواله بما

(١) انظر نص المادة ١٠٩ من القانون المدني المصري « كل شخص أهل للتعاقد ما لم تسلب أهليته أو يحده منها بحكم القانون » .

(٢) يقابل هذا النص ما ورد في المادة ٢٠١٨ من القانون المدني الفرنسي « كل المدين الملتزم بتقديم كفيل أن يقدم كفيلاً متمتعاً بأهلية التعاقد » .

ورأى البعض من الفقه ان المقصود بذلك هو أهلية الالتزام ورأى البعض الآخر ان المقصود هو أهلية التصرف .

انظر في ذلك د. محمد كامل مرسى : شرح القانون المدني الجديد العقود المسماة ، ط ١٩٤٩ ص ٤٩ .

يعني توافر أهلية خاصة ، وورد نص المادة ٩٥٢ يفيد ذلك عندما ورد بأنه « يشترط في انعقاد الكفالة أن يكون الكفيل أهلاً للتبرع »<sup>(٣)</sup> ورأى البعض وجوب توافر أهلية التعاقد بطريق التبرع .

أما بشأن الرضا فيجب أن يصدر سليماً صحيحاً غير مشوب بأي عيب من العيوب بالإضافة الى ضرورة ان ينصب على شروط العقد جميعها ونحيل بشأن الأهلية والرضاء الى المؤلفات الكثيرة في فقه القانون المدني .

---

(٣) المرجع السابق ذاته الموضع .

## المطلب الثاني

### المحل

٤٩- محل التزام الكفيل هو ضمان تنفيذ الالتزام الذي يسكن ذمة المدين المكفول<sup>(١)</sup> ولا يكون هذا المحل صحيحاً إلا إذا انصب على التزام صحيح ، وعلى أساس من ذلك يقع باطلا التزام الكفيل بضمنان الالتزام المستحيل أو المخالف للنظام العام والآداب وكذلك الذي يقع بالاكراه<sup>(٢)</sup> . ولا بد أن يكون هذا المحل محدداً حتى يصبح في مقدور الكفيل ضمان تنفيذه وفي مقدور الدائن المطالبة بهذا التنفيذ<sup>(٣)</sup> ، على أنه بالإضافة إلى ذلك يشترط أن يكون الالتزام المكفول صحيحاً وقت إبرام عقد الكفالة . وتكون الكفالة صحيحة إذا كان الالتزام صحيحاً مهما كان نوعه سواء كان مبلغاً من النقود أم عملاً أم امتناعاً عن عمل<sup>(٤)</sup> .

وكفالة الالتزامات الباطلة باطلة ، كما إذا كان الالتزام المكفول أرباباً فاحشة أو دين قمار . وفرق الفقه بين حالتين لتقرير الأمر القانوني لالتزام الكفيل بضمنان تنفيذ المكفول إذا كان غير صحيح .

(١) انظر د . علي جمال الدين عوفى : المرجع السابق ، ص ١٤٤ .

(٢) انظر نص المادة ٨٤٣ من مرشد السجنان ( يشترط لصحة الكفالة أن يكون المكفول به مضموناً على الأصل ديناً أو عيناً أو نفساً مملوكة وأن يكون مقدور التسليم من الكفيل ) وهذا النص يتناول حكم المادة ٩٥٤ من القانون المدني الذي ورد بإدات الحرية ولقارن مع نص المادة ٧٧٦ من القانون المدني المصري ( لا تكون الكفالة صحيحة إلا إذا كان الالتزام المكفول صحيحاً ) .

(٣) انظر نص المادة ٩٥٠ من القانون المدني « والكفالة ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة بتنفيذ التزام » .

(٤) تمت كفالة الالتزام المكفول صحيحة بصحة هذا الالتزام حتى ولو كان الباعث عليها مخالفاً للنظام العام (Order Public) لأن سبب الكفالة وهو الدين المكفول صحيح .

**الأولى حالة ما اذا كان الكفيل يجهل بطلان الالتزام الأصلي فهو بهذه الحالة لا يلتزم تجاه الدائن بشيء لا باعتباره كفيلاً ولا باعتباره تعهد ضمان تنفيذ الالتزام باعتباره التزاماً أصلياً على عاتقه .**

**والثانية حالة ما اذا كان الكفيل يعلم بطلان التزام المدين فان التزامه بضمان تنفيذ الالتزام المكفول يكون صحيحاً على نحو يلتزم وفاءه بصفته التزاماً أصلياً ، ذلك لانه قصد أن يلزم نفسه بالتزام أصلي لا تابع عندما تعهد وهو يعلم انه اذا دفع لا يكون له حق الرجوع على المدين<sup>(٥)</sup> .**

وورد ما يؤكد توجه الفقه على النحو المتقدم في القانون المدني السويسري فنصت المادة ٤٩٤ بأنه « لا توجد الكفالة الا في التزام صحيح - الدين الناشئ عن العقد والذي لا يلتزم المدين بسبب الغلط أو نقص الأهلية يمكن ضمانه ضماناً صحيحاً اذا كان الكفيل في الوقت الذي يلتزم فيه يعلم العيب الذي يشوب العقد من جهة المدين » .

وحكم هذا النص لا يتفق مع النص الوارد في القانون المدني الفرنسي في المادة ٢٠١٢ بأنه ( لا توجد الكفالة الا في التزام صحيح ومع ذلك تجوز كفالة الالتزام ولو كان يمكن ابطاله بسبب دفع خاص بشخص المتعهد كما في حالة القصر ) .

---

(٥) انظر د\* محمد كامل مرسي : المرجع السابق ، ص ٥٤ ويقول : ويجب أن لا يؤخذ هذا الحكم على إطلاقه فقد يتعهد الكفيل بضمان دين وهو عالم ببطلانه مراعياً احتمال عدم تمسك المدين ببطان الالتزام الأصلي ففي هذه الحالة يترتب على بطلان الالتزام الأصلي بطلان التزام الكفيل . ولرى انه يرد على ذلك استثناء وهو كفالة التزام ناقص الأهلية لانه اذا كانت الكفالة حاصلة بسبب نقص أهلية المدين فان البطلان بالنسبة الى الالتزام الأصلي يكون غير مؤثر في الالتزام التلقائي عن عقد الكفالة .

ولعل المشرع الفرنسي أراد بالحكم المتقدم ان يقرر أن الكفيل الذي يكفل ديناً من هذا القبيل يكون ضامناً للضرر الذي يتعرض له الدائن بسبب نقص أهلية المدين (٦) .

كما أن الكفالة تصح منجزة أو مقيدة بشرط صحيح أو معلق على شرط ملانم أو مضافة الى زمن مستقبل وهي تصح كذلك مؤقتة (٧) .

---

(٦) انظر نص المادة ٧٧٧ من القانون المدني المصري .

(٧) انظر نص المادة ٩٥٣ من القانون المدني وقانون نص المادة ٧٧٨ من القانون المدني المصري .  
وردد كما يلي :

( ١ - تجوز الكفالة في الدين المستقبلي اذا حدد ملامساً للبلوغ المكفول كما تجوز الكفالة في الدين الشرطي .

٢ - هل أنه اذا كان الكفيل في الدين المستقبلي لم يمين مدة الكفالة كان له في أي وقت ان يرجع فيها ما دام الدين المكفول لم ينشأ ) .



## المطلب الثالث

### السبب

٤٢- سبب الالتزام في عقد الكفالة هو الغرض المباشر من اتجاه نية الكفيل الذي ينصب على تمهله وضمان تنفيذ التزام المدين ، وهذا السبب لا بد أن يكون مشروعاً ، ويفترض في عقد الكفالة ان يكون سبب التزام الكفيل بضمان التزام المكفول مشروعاً لان الكفالة تبرعية .

ولعل المشرع قصد أن يرد سبب التزام الكفيل ليمتزج مع التزام المدين بحيث يكون السبب هو العلاقة الأصلية التي من أجلها أبرم عقد الكفالة وترتب التزام الكفيل بموجبه كآثر للعلاقة السابقة ، وقد تكون هذه العلاقة بعوض كما لو كانت بيعاً أصبح بموجبه المدين المكفول مديناً بالثمن أو قرضاً أصبح فيه مديناً بقيمته أو وكالة أصبح فيها مديناً بأجر الوكيل أو المصاريف التي انفقها وقد تكون هذه العلاقة تبرعية كما هو شأن الهبة والكفالة التبرعية .

ولأن العلاقة الأصلية هي سبب التزام الكفيل فمن الضروري ان لا يكون سببها مخالفاً للنظام العام أو الآداب والا بطل الالتزام لانعدام سببه أو عدم مشروعيته<sup>(١)</sup> .

وفي ذلك قضت محكمة النقض المصرية بأن : الكفالة يمكن ان ترد على أي التزام متى كان صحيحاً وأياً كان نوعه أو مصدره ما دام يمكن

---

(١) انظر نص المادة ١٣٦ من القانون المدني المصري « اذا لم يكن للالتزام سبب أو اذا كان سببه مخالفاً للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلاً » . وقارن مع المادة ١٦٥ من القانون المدني حيث نصت على ان :

١ - السبب هو الغرض المباشر المقصود من العقد .  
٢ - ويجب أن يكون موجوداً وصحيحاً ومباحاً غير مخالف للنظام العام أو الآداب .

تقديره نقداً أو يترتب على عدم تنفيذه الحكم بتعويضات . وليس في أحكام الكفالة ما يمنع من أن يكفل شخص واحد تنفيذ الالتزامات المترتبة على عقد في ذمة عاقدية كليهما بأن يتعهد لكل منهما بأن يفي له بالتزام المتعاقد الآخر في حالة تخلف هذا المدين عن الوفاء به .

وفي هذه الحالة يتم عقد الكفالة بين الكفيل وبين كل من المتعاقدين باعتبار كل منهما دائناً للآخر بالالتزامات المترتبة له في ذمته بمقتضى العقد الأصلي المبرم بينهما .

## المبحث الثاني

### النظام القانوني للكفالة المصرفية

٤٣- قدمنا ان الكفالة بأنواعها المدنية والتجارية والمصرفية وغير المصرفية والقانونية والقضائية والاتفاقية ، عقد تحكمه القواعد العامة في القانون المدني ، وأنه يمكن لأطراف العقد ان يتفقوا على ما يخالف القواعد العامة عندما لا تكون القاعدة التي جرت مخالفتها أمرة (١) .

والاتفاقات التي خرج بها المتعاملون مع البنوك فيما بينهم أو فيما بينهم وبين البنوك أصبحت قواعد واعراف حددت شروطاً خاصة لإبرام عقد الكفالة المصرفية وبينت واجبات البنك ووصفت محل العقد وتدخلت في وسائل اثباته ، وهذه القواعد تشكل النظام القانوني للكفالة المصرفية . ونناقش في المطالب الثلاثة التالية مكونات هذا النظام ونتحدث فيها عن المراحل التي تسبق إبرام العقد والالتزامات قبل التعاقدية وإبرام العقد واجبات البنك والمعميل كل فيما يخصه بشأن تقديم المعلومات وبيان الشروط وسلطات مدير البنك في التوقيع على العقد .

---

(١) نظم قانون التجارة الصناعي الصادر بالمرسوم رقم ٥٥ لسنة ١٩٩٠ أحكام الكفالة التجارية في المواد ٢٣٢ - ٢٥١ ، ولما نص عليه الكفالة التجارية في المواد ٢٣٨ - ٢٥١ .

## المطلب الأول

### مراحل إبرام عقد الكفالة المصرفية

٤٤- ان عمليات منح الائتمان من أهم وظائف البنوك التجارية ، ورغم الربح الوفير الذي تحققه البنوك من وراء ذلك الا انها في حالة خطر دائم من المتوقع ان يفوق أية مخاطر قد تلحق منشآت تجارية أخرى ، ولعل السبب يكمن في أن البنوك تتعامل بأموال لا تملكها ولا يمكنها التحكم في عملية الايداع على نحو يوازي عملية التسهيلات التي تقدمها للعملاء بصورة الائتمان .

لذلك تبقى البنوك قلقة وهي بدور إبرام عقد تقدم فيه تسهيلات ائتمانية غير مضمونة النتائج ، وتسعى على اساس ذلك الى تجنب العمليات التي تنطوي على مخاطر تبدو واضحة ، وفي الوقت ذاته لا ترفض كل العمليات ولو الطوى بعضها على نوع من الخطورة لانها تحتاط ما وسعها ذلك لتخفيف هذه المخاطر الى الحد الأدنى (١) .

لذلك فان المراحل التي تسبق إبرام العقد نجعلها فيما يلي :

#### ٤٥- ١ - دراسة العملية ومخاطرها :

تنطوي الكفالة المصرفية على مخاطر قد تلحق بالبنك خسائر جسيمة بحيث يصبح معرضاً للوفاء من ماله الخاص سواء الدين الأصلي الذي ضمن عميله في وفائه أو الغرامات والتمويضات التي قد تترتب على اخلال العميل بالوفاء بالتزاماته في الوقت المناسب . لذلك يحرص البنك على دراسة العملية المطلوب تقديم ضمانه لأجلها بحيث يستطيع بعد ذلك ان

(١) انظر في ذلك د. محي الدين اسماعيل علم الدين : موسوعة أمثال البنوك من الناحية القانونية والعملية ، الجزء الأول ط ١٩٨٧ ص ٥٣٣ .

د. حياء شحاتة : مخاطر الائتمان في البنوك التجارية \* رسالة دكتوراه \* جامعة القاهرة ١٩٨٩ ص ٦ .

يحدد ما اذا كان معرضا الى جانب الوفاء بالدين الأصلي لدفع غرامات أو تعويضات ، ويتعين على البنك دراسة النظام القانوني للعملية المضمونة وشروطها ومدتها (٢) .

#### ٤٦- ٢ - دراسة المركز المالي للعميل :

بالإضافة الى ان عقد الكفالة المصرفية يقوم على الاعتبار الشخصي فان المركز المالي لا بد ان يطمئن اليه البنك ، ذلك لانه وهو يمنح الكفالة يلتزم مدة طويلة تستغرق بعض الصليبات عدة سنوات ولا يستطيع خلالها التخلص من التزامه بظهور اشارة تنذر بهبوط الاسعار أو ركود الاقتصاد أو سوء المركز المالي للعميل .

لذلك فمن الضروري ان يتحرى البنك بصورة دقيقة مدى ملائمة هذا العميل ، ويمكن ان يتحقق من ذلك بعد ان يطلع على الميزانية وحسابات الأرباح والخسائر وحسابات الاستثمار ، ويهتم البنك في سبيل تحري مدى ملائمة عميله بمعرفة القروض والاعتمادات الممنوحة له أو تلك التي قدمها للغير بالإضافة الى أنواع الديون ومقدارها ومواعيد استحقاقها (٣) ومقدرة هذا العميل على الوفاء بها في مواعيدها من خلال العوامل المتعددة كشخصية العميل وملاءته من حيث رأس ماله المادي والمعنوي (٤) .

---

(٢) انظر المحامي سويلم نصير : الكفالة المدنية والكفالة المصرفية ( خطاب الضمان ) محاضرات القيت في معهد التدريب المصرفي في القاهرة بقولة الامارات العربية المتحدة .

(٣) المحامي سويلم نصير : المرجع السابق ، ص ٢٩ ويقول ( وكذلك يجب على البنك ان يدرس النظم القانونية للعملية التي يريد ضمانها وشروطها ومدتها ومدى الفائدة المتحصلة من تنفيذها وهل البنك ان يدرس كذلك المركز المالي للشخص الذي يطلب الكفالة من حيث ملاءته وتوقعات الربح والخسارة من المشروع الذي تصدر الكفالة من اجله . ) وراجع د\* بضرائي نجاة : المرجع السابق ، ص ٣٢٨ .

(٤) انظر في الاعتبارات والعوامل التي توضح مقدرة العميل د\* حياة شحاتة : المرجع السابق ، ص ٦٥ وتتلو هناك عدة عوامل هي الشخصية \* المقدرة \* رأس المال \* الظروف ، الضمان (Good Citizen ' Cash Flow ' Wealth ' Condition ' Security) .

ولعل في هذه الأساليب ما يحد من مخاطر عمليات الائتمان . وهناك أساليب أخرى تدرج في قائمة مفردات دراسة المركز المالي للعميل مثل مراقبة حركة حساباته لدى البنوك والمؤسسات المالية والتجارية ومراقبة التصرفات التي يجريها وأثرها على ممتلكاته .

#### ٤٧ - ٣ - دراسة شخصية العميل :

لا يهتم البنك بدراسة المركز المالي للعميل فحسب ولا يكتفي بالتحري عن يسارة ، بل يهتم كذلك بسلوكه وحسن نيته ومدى قدرته وأسلوب ادارته للمؤسسة بالإضافة الى أمانته وحرصه على نجاح مؤسسته (٥) . والبنك اثناء دراسته معاملة العميل لمنحه تسهيلات بنكية يتساءل اذا كان بمقدور هذا العميل ان يحمي المبالغ التي سيقدمها له . وفي مجال الكفالة المصرفية يطرح البنك تساؤلات اكثر وأدق مثل ( هل يقاوم العميل اغراء السوق ، هل يقاوم الرغبة في التدليس أو غش ادارة الجمارك أو ادارة الضرائب ، هل يعتبر العميل قادراً على ادارة المؤسسة ، ومثل هذه التساؤلات يطرحها البنك على نفسه ويجب عليها بعد قيام الأقسام المختصة بتقديم التقارير اللازمة عن شخصية العميل .

---

(٥) انظر د. بطراني نجات : المرجع السابق ، ص ٣٣٦ وتقول ( والواقع ان هذا التحليل لشخصية العميل طالب الكفالة يؤكد لنا مدى تميز وفرد الاقتصاد بالكفالة بالمقارنة مع باقي أنواع الائتمان المصرفي الأخرى كما يثبت لنا في نفس الوقت بأن هذا الاعتماد يعتبر قائماً على الاعتبار الشخصي ) وقارن د. علي جمال الدين عوض : المرجع السابق ص ١١٥٨ ويتساءل بالتقول هل للكفيل دفع مطالبة البنك لمنع تقديمه معلومات عن مركز المدين ومن ٥٣٦ حيث يقول ( ويولي البنك اهتمامه كذلك شخص طالب الكفالة من حيث يساره وأمانته وكفاءته في الادارة لمعرفة مدى حرصه ونجاحه في تنفيذ الأعمال التي يطلب الكفالة بشأنها لذا يعتبر الاعتماد بالكفالة قائماً على الاعتبار الشخصي ) .

## المطلب الثاني

### الالتزامات السابقة على التعاقد

#### في عقد الكفالة المصرفية

٤٨- تقرّر المسؤولية في حالتين ، الأولى الناتجة عن الاختلال بالالتزامات العقدية وهي المسؤولية العقدية ، والثانية الناتجة عن الضرر الذي يحدثه الشخص ولو غير مميز<sup>(١)</sup> وهي المسؤولية التقصيرية .

وإذا كانت المفاوضات لم تنجح بين الطرفين لإبرام عقد الكفالة المصرفية فلا نكون أمام التزامات ترتبت بذمة المتفاوضين لإبرام عقد الكفالة بالرغم من عدم التوصل الى إبرام هذا العقد ، وهذه الالتزامات السابقة على التعاقد أساسها مبدأ حسن النية في التفاوض بالإضافة الى المحافظة على أسرار اطلع أحد المتفاوضين الآخر عليها بمناسبة السعي لإبرام العقد<sup>(٢)</sup> .

على انه اذا اتفق المتفاوضون مبدئياً على الأسس التي ستكون محور التفاوض لإبرام العقد ، فإن في ذلك أساساً ليحافظ الطرفان على الأسرار التي يتلقاها كل منهما من الآخر ، سيما ان البنك سيحاول معرفة كل أسرار العميل من موازنات والتزامات وحقوق وأسرار مهنية واختراعات وغير ذلك ، والاختلال من قبل أحد الاطراف بواجب المحافظة على هذه الأسرار قد يترتب ضرراً للطرف الآخر يتقرر على أساسه التعويض .

(١) انظر نص المادة ٢٥٦ من القانون المدني ( كل اشراء بالنقد يلزم فاعله ولو غير مميز بفساد الضرر ) وتكون مع نص المادة ١٦٣ من القانون المدني المصري ( كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض ) ويلاحظ اختلاف الحكمين في النص الأردني والمصري إذ تقوم المسؤولية التقصيرية في الأول على الضرر وتقوم في الثاني على التخطأ والضرر .

(٢) انظر تفصيلاً في الالتزامات قبل التعاقد  
Henry, F. de vries : International Contract - ed. 1982, P. 53.

ومن جهة ثانية قد يقطع أحد الاطراف المفاوضات بدون سبب مشروع بعد ان تكون قطعت شوطاً متقدماً لإبرام العقد مما يرتب ضرراً للطرف الأخير يبرر له المطالبة بالتعويض<sup>(٣)</sup> هذا وان قطع المفاوضات بإحد ذاته لا يشكل خطأ تقوم على أساسه مسؤولية أحد المتفاوضين حتى ولو كان الطرف الذي قطعها يعلم ان الطرف الآخر تكبد نفقات في سبيل إبرام العقد ، وانه منذ ان أدخل الفقيه الألماني إهرنج مبدأ المسؤولية عن الخطأ عند التعاقد من خلال مفهوم حسن النية أخذت معظم التشريعات في الأنظمة القانونية المختلفة بهذا المبدأ<sup>(٤)</sup> . وتم تقرير التوصل الى الخطأ الموجب للمسؤولية على أساس ان الخطأ هو عكس التفاوض بحسن نية وبالتالي فإن الخطأ الموجب للمسؤولية يستدل عليه من خلال فكرة السلوك المصيب أو المخل .

والمحافظة على سرية المعلومات قاعدة تبني طبيعياً مقررة لصالح العميل لانه صاحب السر ، والعميل هو الشخص الذي توجه الى البنك بقصد التعاقد معه على ان يقدم له خدمات معينة تنتهي بالدخول في علاقة مصرفية ولو لم يولق لإبرام أية عقود<sup>(٥)</sup> .

ومع ذلك فان السرية في المعلومات التي تتبادلها البنوك فيما بينها للصالح العام وصالح الائتمان لا ترتب أية مسؤولية ما دام جميع هذه المعلومات وتبادلها يبقى بصورة سرية ، أما إذاعتها للجمهور فأمر غير جائز ويرتب مسؤولية .

---

(٣) وهو ذات الشأن لو وعد أحد البنوك عميلاً له بمنحة كفاية ليتقدم بها الى أحد المؤسسات الحكومية التي ستحيل عليها عطاء بمبالغ كبيرة وثناء المفاوضات لإبرام العقد قطع البنك المفاوضات ورفض تنفيذ الوعد وشر العميل الصلقة في العطاء الذي أحيل على شخص آخر .

(٤) اثر هذا المبدأ على التشريعات السويسرية . انظر للمؤلف المرجع السابق ص ١٩٩ .  
(٥) انظر د . علي جمال عوض : المرجع السابق ص ١١٧٨ ويقول « الاصل ان يكتم البنك المعلومات التي يتوالت لها وصف السر فلا يجوز بها الا متى أحله صاحب الحق في السر من هذا الالتزام ومتى كان عليه واجب قانوني بالفضالة حماية لمصلحة عمل واجد بالرعاية من الصلحة المقررة لصاحب السر في كتمانها » .



وقضت إحدى محاكم استئناف فرنسا بأن إعداد وتحرير القوائم السوداء ( قوائم العملاء سيء السمعة ) ليس في ذاته خطأ ما دام تبادلها يكون فيما بين البنوك بصفة سرية وبعد ذلك اذا اذيع لغيرهم سواء كان الافشاء عمداً أو عن إهمال فيرتب مسؤولية .

وقضت محكمة استئناف باريس في حكم لها بتاريخ ١٩٧٥/٢/٦ انه ( لا يوجد نص يلزم باحترام سر المهنة لمديري وموظفي البنوك الخاصة كما هو موجود بالنسبة للمصارف ، ومع ذلك فان عدم وجود هذا النص لا يعني البنك من كل التزام في هذا الشأن فلا يجوز للبنك على هواه ودون نظر الى الآثار التي تلحق عملاءه ان يفشي المعلومات التي يكون بحكم مهنته - الحائز الوحيد لها (٦) .

ويتوافر هذا الخطأ اذا افشي أحد المتفاوضين سرية المعلومات التي اطلع عليها واعتبر من السلوك المعيب الذي يشكل خطأ من جانب المفاوض اذا اغفل توثيق بعض المعلومات على أساس ان هذا الاغفال يعد انتهاكاً لواجب التفاوض بحسن نية (٧) .

ونرى ان مسالة البنك تقوم على مبدأ التعسف وفق القواعد العامة لهذا المبدأ على أساس أنه اذا كان البنك يتمتع بالحرية التامة ويخضع فيما يتعلق بمسؤوليته لاحكام القانون الخاص على نحو لا يجوز الغاء حريته ،

---

(٦) انظر د. علي جمال الدين عوض : المرجع السابق ص ١١٩٧ ويقول ( والبنك يوصفه أميناً اضطرارياً ووديعاً ومديرًا للمصالح المالية لسلالته يتمتع عليه ان يكشف لأي شخص كان عن مركز او عملية لعملية لا يريد ان تكون محلا لاصحاح ولا تعتبر المادة التي تسمح للبنك باعطاء معلومات عن عملائه سوى استثناء من ضرورة المحافظة على اسرار العملاء التي تظل القاعدة الأساسية في المهنة المصرفية وفي العلاقات التعاقدية ) .

(٧) اتجه القضاء الفرنسي الى انه في المرحلة التمهيدية للمفاوضات لا بد من توافر التزامات - نية من الأمان وحسن النية من أجل البدء في هذه المفاوضات لاتبام المقعد وان توافر " الخطأ بما يعكس النية الحسنة يوجب المسؤولية كما هو في حال قطع المفاوضات التي وصلت مرحلة متقدمة بدون أسباب سائلة " .  
انظر للمؤلف : المرجع السابق ذات الموضع .

أو سلطته التقديرية في منح الكفالة ، إلا انه يقابل ذلك ان هذه الحرية تنضج لما يخضع له استعمال الحقوق أو الرخص القانونية المحكومة بشرط عدم التعسف ، ويمكن اثبات التعسف في عدم منح الكفالة في حالة قطع المفاوضات رغم ما فيه من صعوبة .

ومع ذلك فان الأمر منوط بالسلطة التقديرية للمحكمة التي تقررها على أساس من المامها بالملايسات والظروف التي تخص كل حالة (٨) ولعل الصعوبة تكمن في إمكانية اثبات انعقاد المسؤولية بتوافر الخطأ والضرر والعلاقة السببية ذلك انه اذا أمكن اثبات الخطأ من جانب البنك فيستلزم لتقرير المسؤولية إثبات الضرر كنتيجة لهذا الخطأ بما يعني ان هناك علاقة سببية بين الخطأ والضرر وهو أمر ان لم يكن مستحيلًا فهو عسير (٩) .

---

(٨) انظر د. محمود مختار البريزي : المسؤولية التصيرية للمصرف ، ط ١٩٨٦ ص ١٦٩ وما بعدها ويقول ( ٠٠٠ لانه اذا كان صحيحاً ان المفاوضات عمل مالي لا ينشئ التزامات الا ان هذا مشروط أيضاً بعدم التعسف ٠٠٠ ) ويقول كذلك ( ولذا فالأمر مرجعه في النهاية لحسن تقدير القاضي ) ويقول أيضاً ( ان نجاح طالب فتح الاعتماد في اثبات انقضاء الخاطر نظراً لما يقدمه من ضمانات مثلا يمكن ان يمد كافيًا كي يتغلب عبء الإثبات الى المصرف لاثبات سلامة الجبروت التي يستند اليها من دفعه الاستجابة لطلب فتح الاعتماد ) .

(٩) المرجع السابق ص ١٧٠ و ٢٠٠ .

## المطلب الثالث

### إبرام العقد

٤٩- يبرم عقد الكفالة المصرفية اذا التقى تصرفان صدر كل منهما عن ارادة حرة غير معيبة بعيب يفسد الرضا ويخضع هذا العقد كغيره من العقود للقواعد العامة بما يعني توافر شروط الانعقاد في القانون العام وهي الرضا والمحل والسبب بالاضافة الى الاهلية وخلو الارادة من العيوب<sup>(١)</sup> .

ومع ذلك فمن حق طرفي العقد ان يضمنا عقدهما شروطا لاتخالف بطبيعة الحال القواعد القانونية الامرة وهي في مجملها النظام العام والاداب .

ولجات البنوك الى اعتماد نماذج تتضمن شروطا مطبوعة مسبقا لا ينقصها غير تعبئة الفراغ في هذه النماذج كتثبيت التاريخ ومقدار المبلغ المضمون أو الالتزام أو المدة ، ومثل هذه النماذج تعتمدها البنوك عندما تمنح كفالتها لاحد عملائها لصالح احدى الجهات الحكومية .

وفي حالة ثمانية تمنح فيها البنوك كفالتها لعملائها لصالح جهات غير حكومية وفق الشروط التي يتم تثبيتها في العقد بعد الاتفاق عليها ، وبهذه الصيغة يحرص البنك الكفيل على ضمان حقوقه تجاه عميله الذي منحه هذه الكفالة لصالح شخص ثالث هو الدائن ، في حين يحرص الدائن على ان تكون حقوقه مضمونة وفق شروط تتضمنها صيغة العقد ، أما المدين المتكفل فبدون شك لا يملك المقدرة على وضع أية شروط .

وتأسيسا على قاعدة العقد شريعة المتعاقدين فمن حق اطراف هذا العقد تضمينه الشروط والبيانات التي لا تخالف النظام العام أو الآداب

(١) انظر في ذلك المؤلفات الكثيرة في القانون المدني .

كشروط عدم المزاحمة الذي بمقتضاة يتنازل الكفيل عن اجراء اية متابعة او رجوع ضد المدين الاصلي اذا كان من شأنة مزاحمة الدائن على أن يبقى هذا الشرط قائماً طالما لم يحصل هذا الدائن على دينه ، وشرط الافضلية والتتبع على كفلاء آخرين ، وهذا الشرط يفرضه البنك الكفيل في حالة تعدد الكفلاء وهو الذي يحقق له افضلية الرجوع على المدين مقدما على باقي الكفلاء الاخرين<sup>(٢)</sup> .

ويجوز اشتراط شمول الكفالة ملحقات الدين المضمون ونفقات المطالبة وهو ما نصت عليه المادة ٩٦٠ من القانون المدني<sup>(٣)</sup> .

---

(٢) يجدر بالذكر ان هذا الشرط لا ينتج أثراً بالنسبة للغير الا اذا وافق هذا الغير عليه ولذلك لا يحقق شرط الافضلية امتيازاً للبنك الكفيل على باقي الكفلاء الا اذا وافقوا عليه انظر في ذلك د. بطراني نبذة : المرجع السابق ص ٣٤٦ .

(٣) يقابل هذا النص نص المادة ٧٨١ من القانون المدني المصري .

## المبحث الثالث

### آثار عقد الكفالة المصرفية

٥٠- العقد مصدر التزامات اطرافه التي بموجبها يتحمل كل طرف منهم واجبا قانونيا بمقتضاة يقوم بإدائه مالي للآخر ويشمل هذا الاداء كل ما يمكن تقديره بمبلغ من النقود (١) .

والالتزام كائن من آثار العقد عرفة المرحوم الاستاذ السنهاوي بأنه ( حالة قانونية يرتبط بمقتضاها شخص معين بالقيام بعمل او بامتناع عن عمل ذي قيمة مالية أو أدبية (٢) .

وهكذا يتوجب على طرفي العقد الوفاء بما يترتب على كل منهما من التزام مع مراعاة حسن النية وشرف التعامل وفق المبادئ المؤسسة على الالتزام بمبادئ الشرف التجاري في كافة مراحل العقد .

والالتزامات البنك الكفيل والدائن في عقد الكفالة المصرفية متنوعة ويخرج بعضها عن مألوف الالتزامات في العقود المسماة الأخرى ، لذا نستعرض آثار عقد الكفالة المصرفية لجهة التزامات أطرافه في ثلاثة مطالب ، نناقش في الاول التزامات البنك الكفيل وحقوقه ، وفي الثاني التزامات الدائن المستفيد وحقوقه ، وفي الثالث نناقش العلاقة فيما بين البنك الكفيل والمدين .

---

(١) النظر في تعريف الالتزام الدكتور جميل الشرفاوي : النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام ط ١٩٨١ ص ١٠ وما بعدها د. محمد لبيب شنب : دورس في نظرية الالتزام ط ١٩٧٦ ص ٣٠ .

(٢) د. عبدالرزاق السنهوري : النظرية العامة للالتزامات نظرية العقد ط ١٩٣٤ ص ٢١ وما بعدها والنظر نص المادة ٨٧ من القانون المدني .

## المطلب الأول

### التزامات البنك الكفيل وحقوقه

٥٩- يرتب عقد الكفالة المصرفية على عاتق البنك الكفيل الالتزام بوفاء الدين للدائن اذا تخلف المدين عن أدائه ، ولأن كفالة البنك تضامنية وفق ما استقر عليه العرف المصرفي وما يرتبة المقدم فالدائن بالخيار في أن يبدأ بمطالبة أيهما (١) .

وعليه فإن التزام البنك الكفيل ينتمى من التمسك بالدفع بأن العميل افلس (٢) أو ان الدائن منح أجلا للمدين بالوفاء لان التزام البنك يوجب عليه الوفاء للمستفيد اذا طالبه والدائن المطالبة بمجرد حلول أجل الدين . ويقول الاستاذ على جمال الدين عوض في هذا الشأن انه ( اذا كان أجل التزام الكفيل يحل في نفس وقت حلول أجل الدين المضمون كان للدائن ان يطالب الكفيل وقت حلول أجل الالتزام المضمون ) .

أما اذا حل أجل التزام الكفيل قبل حلول التزام المضمون فمعنى ذلك ان التزام الكفيل أشد من الالتزام الأصلي فيؤجل التزام الكفيل حتى يحل الالتزام الأصلي فإن مد الدائن أجل الالتزام الأصلي الى ما بعد أجل التزام الكفيل كان للكفيل أما ان يفي الدين الأصلي فور حلول التزامة هو وإما ان ينتظر ويستفيد من مد الاجل (٣) .

---

(١) يلاحظ بأن البنك ملتزم بالدفع اذا تخلف المدين عن الوفاء ان المدين اذا ولى برئت ذمة البنك . انظر في هذا الاتجاه د\* محي الدين اسماعيل علم الدين : موسوعة أعمال البنوك ج ١ ط ١٩٨٧ ص ٦٢٠ وما بعدها .

(٢) يشترط ان يتقدم الدائن في تقييصة المدين ليحق له الرجوع على الكفيل انظر المادة ٩٧٨ مدني .

(٣) د\* على جمال الدين عوض : المرجع السابق ص ١١٥٠ . وانظر المادة ٩٦٧ مدني وقارن مع نص المادة ٧٨٨ مدني مصري ( لا يجوز للدائن ان يرجع على الكفيل وحده الا بعد رجوعه على المدين ) .

على ان التزام البنك بالوفاء لا بد لكي يجبر عليه ان يحصل على سند تنفيذي ضده كالأوراق التجارية والحكم القضائي<sup>(٤)</sup> وعلى الدائن ان يثبت حقه في مطالبة الكفيل على نحو يبين منه ان المدين لم يدفع .

اما حقوق البنك الكفيل فتتلخص في الدفع التي يمكنه التمسك بها في مواجهة الدائن ، والدفع التي يتمسك بها في مواجهة الدائن تشمل الدفع ببرائة ذمته تبعاً لبرائة ذمة المدين ، لان الالتزام في عقد الكفالة بوصفه تابعاً لالتزام المدين ينهار مع انهياره بما يعني ان انقضاء الدين الاصلي بالابراء يؤدي الى ابراء الكفيل من التزامة بضمان المدين<sup>(٥)</sup> .

ويلحق بذلك كل دفع يؤدي الى انقضاء الالتزام الاصلي المكفول مثل الوفاء والمقاصة واتحاد الذمة والتقادم بالاضافة الى بطلان الالتزام الاصلي ، ويتمسك الكفيل بهذه الدفع باسمه لا باسم المدين وهو حق له ولو تنازل المدين عنه<sup>(٦)</sup> .

اما الدفع الخاصة بالكفيل فهي الدفع بسقوط الاجل ذلك ان من حق الكفيل ان يدفع مطالبة الدائن نتيجة سقوط اجل الدين المضمون وبالتالي لا يجوز مطالبة الكفيل قبل انقضاء الاجل الاصلي ولا يؤثر في مركزة ما حدث من افلاس او اعسار او توقف عن الدفع .

---

(٤) يمكن ان يكون سند الكفالة ذاته تنفيذياً اذا كان معقوداً بشكل رسمي وشحن ما يمكن منه ان ينفذ كما هو شأن سند وضع الأموال غير المنقولة تأميناً للمدين .

(٥) يستثنى من هذه القاعدة الابراء الناتج عن الصلح الواسع من الافلاس وكذلك حالة افلاس المدين شريطة ان يتقدم الدائن في التفليسة بما يمكنه من الرجوع الى الكفيل .

(٦) انظر تميمي حقوق ٧١٥/٧٢ ص ٣٦٧ مجلة نقابة المحامين ١٩٨٤ وورد فيه ( ان التزام الكفيل يتبع التزام الاصلي عملاً بالواد الباحث عن آثار الكفالة بين الكفيل والدائن ) .

## المطلب الثاني

### التزامات الدائن وحقوقه

٥٣- تحدد التزامات الدائن وفق العقد المبرم فيما بينه وبين الكفيل على أساس من الحرية التعاقدية ، وبذلك يلتزم بما وجب عليه في هذا العقد بالإضافة الى ما أوجبه القانون ، ويلتزم الدائن ان يسلم الكفيل المستندات اللازمة لاستعمال حقه في الرجوع على المدين<sup>(١)</sup> والتخلي له عن أية توثيقات عينية<sup>(٢)</sup> .

أما حقوق الدائن فهي الوجه المقابل لالتزامات الكفيل وتعني ان له ان يطالب البنك الكفيل بتنفيذ التزامه المتمثل بالدين وملحقاته ونفقات مطالبته ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك وهو ما نصت عليه المادة ٩٦٠ من القانون المدني ووردت على النحو التالي : ( تشمل الكفالة ملحقات الدين ومصروفات المطالبة ما لم يتفق على غير ذلك )<sup>(٣)</sup> ويقول المرحوم الأستاذ السنهوري بمناسبة حديثه عن النص المصري الذي يقابل هذا النص ( يفرض هذا النص ان الكفيل قد كفل الالتزام المكفول كله دون نقص أو زيادة أو كفل الالتزام الناشئة عن عقد معين وليس هناك اتفاق خاص بملحقات الدين بل كانت مسكوتاً عنها ويراد تحديد مدى التزام الكفيل ... ويضمن الكفيل كذلك الالتزامات الإضافية التي يضعها قانون جديد صدر بعد الكفالة على عاتق المدين )<sup>(٤)</sup> .

(١) انظر المادة ٩٨٠ من القانون المدني .

(٢) انظر المادة ٩٨١ من القانون المدني .

(٣) انظر ما يقابل هذا النص المادة ٧٨١ من القانون المدني المصري وتنص على انه ( : اذا لم يكن هناك اتفاق خاص فإن الكفالة تشمل ملحقات الدين ومصروفات المطالبة الأولى وما يستجد من المصروفات بعد إخطار الكفيل ) وتقابل هذه المادة ٩٩٠ مدني ليبي و ٧٤٧ مدني مصري ، ١٠١٥ مدني عراقي ، ١٠٦٦ مدني لبناني ، ٦٦٣ مدني سوداني ، انظر في ذلك د<sup>٥</sup> موهي عياد الثواب : مدونة القانون المدني ج ٢ ط ١٩٨٧ ص ١٥٣٧ .

(٤) مشار إليه في د<sup>٥</sup> علي جمال الدين عوفى : المرجع السابق ص ١١٤٧ .



## المطلب الثالث

### العلاقة فيما بين البنك الكفيل والمدين

٥٣- ان المخاطر التي يتعرض لها البنك تبرر اتخاذ الاحتياطات التي تدروها ، لذلك يسعى الى الحصول على ضمانات تخفف حدة هذه المخاطر وهذه الضمانات ، إما ان تكون رهناً عقارياً على مال يملكه المدين او رهناً حيازياً على مستندات يقدمها المدين للبنك ، وقد يكون هذا الضمان شخصياً بحيث يتعهد من خلاله شخص ذو اعتبار وملاءة ان يضمن المدين بان يوقع على ورقة تجارية وغير ذلك من الضمانات .

ومن هنا تنشأ العلاقة فيما بين البنك والمدين بصدر كفالة تضمن المدين في وفاء التزامه للدائن في الوقت المحدد ، والبنك في هذه الحالة يطمئن الى وجود الضمانات لديه .

وفي الوقت ذاته ينشأ عن علاقة الكفيل بالمدين ما يفرض على الاخير اخبار الكفيل اذا أدى الدين الى الدائن ، لان الكفيل اذا قام بالوفاء بعد وفاء المدين يكون له ان يرجع بما وقي على المدين او الدائن (١) .

ويرجع الكفيل على المدين بما كفله لا بما اداءه ، ذلك ان البنك اذا أدى الى الدائن شيئاً غير الدين فانه لا يرجع بهذا الشيء على المدين بل يرجع عليه بما كفله به وكذلك فان البنك يرجع على المدين بما صالح عليه الدائن بمعنى انه اذا تمت مصالحة بين الدائن والبنك على ان يدفع جزءاً من الدين فليس للبنك ان يرجع على المدين بأكثر من هذا الجزء الذي تمت المصالحة عليه (٢)

(١) انظر لـس المادة ٩٨٣ مدني وقارن مع لـس المادة ٧٩٨ مدني مصري وما يقابلها المواد ٨٠٧ مدني ليبي و ٧٦٤ مدني سوري و ١٠٢٣ مدني عراقي و ١٠٨٦ موجدات وعقود لبناني و ٦٨٠ مدني سوداني و ١٥٩١ مدني تونسي . وانظر كذلك لـصوص المواد ٧٩٩ و ٨٠٨ ، ٧٦٥ ، ١٠٢٣ ، ١٠٨٤ ، ٦٨١ ، ١٥٠٩ من القوانين الليبي والسوري والعراقي والليثاني والسوداني والتونسي على التوالي فـشار الى ذلك في د . مـوص عبدالتواب : المرجع السابق ص ١٥٥ .

(٢) انظر المادة ٩٨٢ مدني .

ويتفرغ عن هذه العلاقة ان للكفيل الذي أدى الدين المضمون حق الرجوع بما أدى على المدين ، وله في هذه الحالة دعويان ، الأولى شخصية والثانية دعوى الحلول ، وهو اذ يرجع بالأولى على المدين يستند الى نص المادة ٩٨٢ من القانون المدني و ٩٨٥ من ذات القانون التي تنص على أن ( للكفيل ان يرجع على المدين بما يؤديه من نفقات لتنفيذ مقتضى الكفالة ) والكفيل يرجع على المدين بأصل الدين والفوائد والمصروفات على نحو ما هو مستفاد من نص المادتين ٩٨٢ ، ٩٨٥ من القانون المدني التي تقابل نص المادة ٢٠٢٨ من القانون المدني الفرنسي وتنص على أن ( للكفيل الذي دفع الدين ان يرجع على المدين سواء كانت الكفالة قد عقدت بعلم المدين أم بغير علمه ويكون رجوعه من أجل أصل الدين وأيضاً من أجل الفوائد والمصروفات ) (٣) .

ومع ذلك لا يكون للكفيل ان يرجع الا بالمصروفات التي انفقها من وقت اختياره للمدين الأصلي بالاجراءات المتخذة ضده (٤) أما دعوى الحلول محل الدائن فهي الدعوى التي تخول الكفيل الذي دفع الدين ان يحل محل الدائن في حقوقه تجاه المدين . ولان الحلول من مستلزمات الوفاء فمن حق الكفيل أيضاً ان يحل محل المدين الذي دفع عنه على نحو يحل محله في حقه في الرجوع على المدينين معه (٥) .

(٣) يقابل هذا الحكم نص المادة ٨٠٠ من القانون المدني المصري ( للكفيل الذي أدى الدين ان يرجع على المدين سواء كانت الكفالة قد عقدت بعلمه أو بغير علمه ) .  
ويقابل هذا الحكم حكم المواد ٨٠٩ ، ٧٦٦ ، ١٠٢٣ ، ١٠٨٠ ، ٦٨٢ ، ١٥٠٥ من القوانين الليبي والسوري والعراقي والبناني والسوداني والفرنسي على التوالي مفاد الى ذلك في د- موش ميندلنبرج : المرجع السابق ص ١٥٥ .

(٤) انظر النص باللغة الفرنسية للمادة المشار اليها وترجمتها الى العربية في د- محمد كامل مرسى : العقود المسماة ط ١٩٤٩ ص ١٤١ .

(٥) د- محمد كامل مرسى : المرجع السابق ص ١٥١ .

## الفصل الثالث

### انقضاء عقد الكفالة المصرفية

٥٤- يعني انقضاء العقد زوال الالتزامات التي أنشأها ، ويعني انقضاء عقد الكفالة زوال آثاره ويكون الانقضاء بآداء الدين أو تسليم المكفول به أو بالإبراء وغيرها من أسباب الانقضاء التي سيجيء الحديث عنها .

ونصت المادة ٩٨٧ من القانون المدني على انه « تنتهي الكفالة بآداء الدين أو تسليم المكفول به وبإبراء الدائن للمدين أو كفيله من الدين » (١) .

وتحدثت نصوص المواد ٩٨٨ وما بعدها من القانون المدني عن مجمل آثار الكفالة وحالات إنهاؤها والتي تؤدي الى براءة الكفيل عند المصالحة أو الوفاة أو الإحالة .

وتحدثت في هذا الفصل عن أسباب انقضاء عقد الكفالة وزوال التزامات اطرافه في ثلاثة مباحث ، نخصص الأول لبحث الأسباب القانونية ، والثاني للأسباب الاتفاقية ، والثالث نناقش به الأسباب الخاصة لانقضاء عقد الكفالة (٢) .

(١) يقابل هذا النص ما ورد في المواد ٩٧٠ وما بعدها من «رشد المجران : المرجع السابق ص ٢٢٥ والمادة ٧٨٢ وما بعدها من القانون المدني المصري الباحث في آثار الكفالة والمادة ١٠٩٩ من قانون المعاملات المدنية لمؤلة الإمارات العربية .

(٢) ميزنا بين أسباب انقضاء الكفالة وحددنا أسباب « الوفاء والإبراء وفسخ العقد واستحقاقه ورد المبيع للمبيع واتحاد الأمة والمصالحة والتقدم » بأنها أسباب قانونية لان النص عليها يفني عن الاتفاق بشأنها .

وحددنا أسباب « المصالحة والإحالة والتهديد » بأنها أسباب اتفاقية ذلك لان النص القانوني الباحث في هذه الأسباب كلف اتفاق الاطراف .

## المبحث الأول

### الأسباب القانونية لانقضاء عقد الكفالة المصرفية

٥٥- ينقضي التزام الكفيل بأسباب ورد النص عليها في المواد ٩٨٧ وما بعدها من القانون المدني ، وهذه الأسباب لا تنتظر موافقة اطراف العقد عليها ، لأنها وردت في نصوص ذات علاقة بالنظام العام على خلاف الأسباب التي ترد في نصوص القانون وتمبر عن رغبة اطراف العلاقة القانونية (١) .

ونتحدث عن هذه الأسباب في المطالب التالية :

---

(١) لم يحاول الفقه تقسيم أسباب انقضاء عقد الكفالة الى قانونية وعقارية وخاصة ، واكتفى بالقول ان الكفالة تنقضي بأحد طريقتين :

Par voie de Conséquence.

أ - طريق تبسي أو غير مباشر

Par voie Principale.

ب - طريق أصلي

وكان الرأي الراجح ان الكفالة ينقضي بالانقضاء الذاتي عنها بانقضاء الالتزام الأصلي لأنها عقد تابع لهذا الالتزام ، وان الكفيل يبرأ ببراءة المدين وله ان يتمسك بجميع الارجح التي يحتاج بها المدين ، وله ان يتمسك بانقضاء الالتزام الأصلي مهما كان سبب الانقضاء سواء كان الكفيل متضامناً أم غير متضامن . انظر في ذلك د . محمد كامل درسي . المرجع السابق ص ١٧١ ، وذكر من أسباب انقضاء الكفالة ، الوفاء بمقابل « الاعتداء » والتجديد والمقاصة واتحاد الذمة والإبراء والتقديم وفسخ أو ابطال الالتزام وعلاوة الشيء .

## المطلب الأول

### الوفاء والابراء

٥٦- الوفاء هو اداء الدين او تسليم المكفول به على النحو الذي قرره المادة ٩٨٧ من القانون المدني .

والابراء هو تصرف صادر عن الدائن يعلن فيه براءة ذمة الكفيل من الالتزام الذي تعهد بموجبه وفاء الدين (١) .

وهذا يعني ان الكفيل الذي يوفي التزامه ولو كان متضامنا مع المدين الاصلي يحل محل الدائن في حقوقه تجاه المدين المكفول ، وكذلك تجاه المدين المتضامن .

وتأسيسا على ذلك فان البنك الذي يوفي التزاما كفلا وفاء يؤدي الى انقضاء التزامه في مواجهة الدائن ويترتب له حقا يرجع به على المدين الاصلي .

ولا يغير هذا الحكم من القول ان الوفاء يؤدي الى انقضاء التزامات اطراف عقد الكفالة لان المدين لا يعتبر طرفا في هذا العقد .

واذا كانت كفالة البنك جزئية بمعنى ان الالتزام المكفول كان جزءا من التزام المدين تجاه الدائن فان التزام الكفيل ينقضي بمقدار الالتزام المكفول ويكون له الرجوع على المدين بما وفي على اساس نظرية حلوله محل الدائن في مواجهة المدين بمقدار الالتزام الذي انقضى بالوفاء .

---

(١) انظر نص المادة ٩٨٧ القانون المدني « تنتهي الكفالة باداء الدين او تسليم المكفول به وبإبراء الدائن للمدين أو كفيله من الدين » .

وفي هذه الحالة يزاحم الكفيل الدائن في مواجهة المدين لمطالبة كل منهما بحقه « الكفيل بما وفي عن المدين للدائن والدائن بما ترصد له بذمة المدين » (٢) .

#### ٥٧- الوفاء سبب لانقضاء الكفالة المصرفية :

إذا قام المدين أو الكفيل بوفاء الالتزام المكفول فلا يبقى للدائن أن يطالب أيهما بتنفيذ هذا الالتزام ، ويبرأ الكفيل ببراءة المدين وله التمسك بالدفع التي تكون للمدين الأصلي ، مثل انقضاء الدين بالوفاء (٣) وإذا وفي المدين الالتزام بتمامه انقضت الكفالة ، أما إذا كان الوفاء جزئياً فينقضي من التزام الكفيل بمقدار الجزء الذي تم الوفاء به .

#### ٥٨- الإبراء سبب لانقضاء الكفالة المصرفية :

تنقضي الكفالة المصرفية بتنازل الدائن عنها ، وهو ما يعني إبراء المدين من الالتزام الناشئ عن عقد الكفالة ، والإبراء شخصي لا يتعدى لكفيل الذي صدر الإبراء لأجله وهذا ما تضمنه نص المادة ٩٨٧ من القانون المدني .

وهكذا فإن الدائن الذي يتنازل عن حقه المقابل لالتزام الكفيل يعتبر منه إبراء للكفيل من الالتزام ، ويكون هذا التنازل صريحا عندما يوجه إلى البنك الكفيل هذا التنازل خطيا ، ويكون ضمينيا عندما يتراخى في

---

(٢) لجأت البنوك إلى وضع شرط علم المراجعة تقاديا لمزاخمة الدائن في التلبية على أموال المدين التي كانت ضمانا للالتزام المكفول الأمر في ذلك « على جمال الدين عوض : المرجع السابق ص ١١٦٦ »

(٣) لا يتسكك الكفيل قبل الدائن بالدفع الخاصة بشخص المدين ، انظر نص المادة ٢٠٣٦ من القانون الفرنسي

(Mais elle ne Peut opposer Les exceptions qui sont Purement Personnelles au débiteur).

انظر د- محمد كادلي مرسي : المرجع السابق ص ٨٦ .

طلب تنفيذ الالتزام لما بعد انتهاء الأجل المحدد للمطالبة بتنفيذ الالتزام المكفول (٤) .

كما وانه اذا إبرأ الدائن المدين من الالتزام المكفول سري ذلك الإبراء على الكفيل ، وبذلك ساوى المشرع الأردني بين حالة إبراء الدائن للمدين وحالة إبراء الدائن للكفيل في ان الحالتين تنتهيان الى حكم واحد هو براءة ذمة المدين والكفيل اذا إبرأ الدائن أيهما (٥) .

ومن الصور الضمنية لإبراء الدائن للكفيل في عقد الكفالة المصرفية :

- عدم تقديم الدائن مطالبته للكفيل قبل تاريخ انتهاء المدة المحددة .
- عدم إحالة السطاه على المدين بالالتزام الذي كفله البنك .
- اعلان الدائن صراحة أنه لا ينوي إبرام العقد مع المدين الذي تقدم البنك لكفالاته .
- الغاء العقد الذي يقدم على أساسه البنك كفالاته لضمان حسن التنفيذ (٦) .
- دفع الرسوم التي تم تأجيلها لدائرة الجمارك يؤدي الى براءة ذمة الكفيل من كفالة ايداع البضاعة المستودعة (٧) .
- اخراج البضاعة التي قدمت الكفالة لضمان عبورها بالترانزيت ، وهذه العملية يتجسد فيها التزام البنك الكفيل في التوقيع على سند كفالة يعفي على أساسه البضاعة التي عبرت الأراضي الأردنية بالترانزيت ،

---

(٤) اذا اصدر البنك كفالة مؤقتة ضمن بها التزام المدين خلال سنة ، فان علم مطالبة الدائن البنك خلال سنة يعتبر تنازلاً ضمنيّاً من حقه في مواجهة الكفيل .

(٥) يستثنى من هذه الحالة عندما يحال الالتزام بشرط براءة الكفيل ، لأن ذلك يؤدي الى براءة ذمة الكفيل وحده دون الاصيل انظر المادة ٩٩٢ فقرة ٢ من القانون المدني وقارن مع نص المادة ٧٨٢ من القانون المدني المصري ( يبرأ الكفيل بمجرد براءة المدين ) والمادة ٨٧٢ من مرسوم الجردان ( لا تلزم براءة الاصيل ببرائة الكفيل ، فلو إبرأ الدائن الكفيل فلا يبرأ الاصيل ) .

(٦) انظر المحامي سويلم نصير : المرجع السابق ص ٥٥ .

(٧) راجع د. بسرائي نجاة : المرجع السابق ص ٤٤٦ .

والبنك في ذلك يلتزم بالتضامن مع عميله في مواجهة الجمارك باخراج البضاعة من البلاد ، وان يتم تنفيذ هذا الالتزام في ظروف لا يتطرق معها الشك الى وجود أية محاولة للتدليس أو الغش . ويبرأ البنك من الكفالة التي قدمها اذا وصلت البضاعة العابرة بالتراخيص المركز الجمركي الذي سيؤكد خروجها .

- براءة ذمة البنك الكفيل من التزامه في مواجهة الدوائر الحكومية في الكفالة عن نظام انقبول المؤقت لوقف دفع الرسوم والضرائب أو تأجيلها ، وهو ما يجري التعامل به في الكفالة عن الاستيراد المؤقت والكفالة عن التصدير المؤقت والكفالة عن التصدير لاجل التصليح وتحسين الصنع .

- براءة ذمة الكفيل من التزامه بضمان الدفعات المقدمة .

- براءة ذمة الكفيل من التزامه بضمان الأشياء المعادة من الخارج .

- براءة ذمة الكفيل من التزامه بضمان ما يحكم به المدين اذا انقضت الدعوى دون ان يحكم على المدين (أ) .

---

(أ) انظر صورا أخرى كثيرة وتطبيقات متفرقة للكفالة المصرفية وانقضاء التزام الكفيل في د<sup>٥</sup> بصراني نجات : المرجع السابق ص ٤٩٠ وما بعدها وتحدثت عن الكفالة المصرفية في مجال البناء وفي مجال السياحة والسفر وفي مجال ابرام معاهدات أو اتفاقات بين دولتين .



## المطلب الثاني

### الاخلال في التنفيذ وفسخ العقد

٥٩- التنفيذ الذي نسنيه في هذا المطلب هو تنفيذ التزام الكفيل تجاه الدائن وما يقابله من التزام الدائن تجاه الكفيل والمدين ، وهذه الالتزامات وتلك يتعين على طرفي عقد الكفالة ان ينفذها كل فيما يخصه ، على ان تخلف احدهما في تنفيذ التزامه يعيق تنفيذ الالتزام المقابل ، وبالتالي يعتبر اخلالا في تنفيذ الالتزام والاخلال بالتنفيذ هو خطأ المخل في الوفاء بتمهدهاته التي قطعها على نفسه ، ويختلف عن استحالة التنفيذ نتيجة القوة القاهرة التي تجعل من العقد مستحيل التنفيذ ، ويختلف كذلك عن اثر الظروف الطارئة التي تجعل من تنفيذ الالتزام مرهقاً على نحو يستحيل منه التنفيذ الا بخسارة (١) .

ولعل مما يؤدي الى الاخلال بالتنفيذ في العقود المصرفية عموماً وعقد الكفالة بشكل خاص وبالذات الكفالة المصرفية ذات الطرف الاجنبي ، يعزي الى ما يسود العالم بين الحين والآخر من تقلبات اقتصادية وسياسية واجتماعية ، تؤثر بشكل مباشر على التجارة وتمهدهات التجار بحيث يمتنع الكثير من المتعاقدين عن تنفيذ التزاماتهم وهذا الامتناع هو الاخلال في التنفيذ الذي ينعكس على التزامات أخرى كانت نتيجة الالتزامات التي لم تنفذ (٢) .

وانقضاء عقد الكفالة المصرفية نتيجة الاخلال بالتزامات اطرافه يتقرر بعد فسخ هذا العقد الذي يؤدي اليه الامتناع الارادي عن التنفيذ ، لذلك

---

(١) انظر نص المادة ٢٠٥ من القانون المدني بشأن الظروف الطارئة التي تجعل تنفيذ الالتزام مرهقاً للمدين والمادة ٣٦١ من ذات القانون بشأن القوة القاهرة التي تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً .

(٢) انظر في التقلبات الاقتصادية والربما في التجارة وانعكاس ذلك على التزامات ذات علاقة بالتجارة

Rostan. M-Kavousst : International trade and economic development the recent experience of developing Countries, the Journal of developing areas vol 19 No. 3 April 1985 p.p. 379 - 383.

نبعد عن حديثنا بموضوع الاخلال بالتنفيذ كسبب لانقضاء عقد الكفالة المصرفية ما كان ناجماً عن استحالة تنفيذ العقد بسبب القوة القاهرة ، أو لسبب الظروف الطارئة التي تجعل تنفيذ الالتزام مرهقا للمدين به .

وهكذا نتحدث عن الخطأ في التنفيذ الذي يعد اخلالا في التنفيذ ويؤدي الى فسخ العقد . والخطأ هو أحد أركان المسؤولية العقدية وهو تقصير المدين عن الوفاء بالتزام ترتب بذمته<sup>(٣)</sup> وماهية الخطأ تعني عدم التنفيذ والتأخير فيه ويتحقق بتقصير الكفيل أو الدائن في أقل قدر من العناية اللازمة على اعتبار ان ذلك هو المعيار المناسب للخطأ في التنفيذ على أساس يمكن القول ان هذا المعيار يتفق ومعيار الشخص الحرص الحريص .

وعلى ذلك يثبت الخطأ في جانب البنك الكفيل اذا تخلف عن الوفاء بالتنفيذ أو قصر فيه ، وهذا أقل قدر من العناية اللازمة لتنفيذ الالتزام .

ويثبت الخطأ في جانب الدائن اذا قصر في تنفيذ الالتزام الذي كان سبباً لشعور التزام البنك الكفيل ويعتبر الدائن مختلاً في تنفيذ التزامه ويمتنع عليه مطالبة البنك بقيمة الكفالة اذا تراخى في تنفيذ بعض الشروط أو أدت ظروف معينة الى امتناع المدين عن الوفاء .

وفسخ العقد سبب من أسباب انقضاء الالتزامات ، ويترتب عليه عودة المتعاقدين الى ما كانا عليه قبل التعاقد وأوردته معظم التشريعات على انه حق للمتعاقد يمارسه عند اخلال من تعاقد معه بتنفيذ التزامه<sup>(٤)</sup> .

(٣) انظر المادتين ١١٤٧ ، ١١٤٨ من القانون المدني الفرنسي والمادة ٢١٥ من القانون المدني المصري والمادة ٢٥٦ من القانون المدني الأردني ونصت على ان « كل اضرار بالغير يلزم فاعله ولو غير مميز بخسائر الضرر » ويقصد بالاضرار هنا « مجاوزة الحد » الواجب الوقوف عنده « والتقصير عن الحد » الواجب الوصول اليه في الفعل أو الامتناع مما يترتب عليه الضرر وهو ما يتناول الفعل السلبي والفعل الايجابي ، رايضا ذكر هذا النص لملاقته بالتقصير في تنفيذ الالتزامات الناشئة عن عقود الخدمات المصرفية .

(٤) يرى بعض الفقه ان الفسخ لا يعتبر سبباً لانقضاء الالتزام لانه يقتضي على الاثر اني ترتبت على العقد ، وان العقد لا ينقضي به بل يفسخ من طريق الأثر الرجعي جميع

ومع ان فسخ الكفالة المصرفية نادر الوقوع . الا ان حدوثه متوقع  
لانه اذا كان اطراف عقد الكفالة هما الكفيل والدائن فان العلاقة فيما  
بينهما ناتجة عن علاقة سبقتها ارتبط بها المدين بالدائن وكانت سبباً  
في علاقة ارتبط هذا المدين بالبنك الكفيل .

وتتصور ان أصل العلاقة فيما بين المدين والدائن هي العطاء الذي  
احاله الدائن على المدين وكان من شروط الدائن ( محيل العطاء ) ان يتقدم  
المدين بكفالة بنكية لحسن تنفيذ العمل ، فان المدين يلجأ الى البنك الذي  
يتعامل معه ليمتحنه الاخير تسهيلات من بينها ضمانه لدى دائنه وعلى هذا  
الاساس يبرم البنك مع الدائن عقد الكفالة المصرفية الذي يضم على  
اساسه البنك ذمته الى ذمة مكفوله (المدين) ويلتزمان بتنفيذ الالتزام  
وهو حسن تنفيذ المشروع .

وتتصور كذلك ان أصل العلاقة تتمثل في ان احدى الدوائر الحكومية  
احالت عطاء لاستيراد معدات طبية على أحد اشخاص ، ومن شروط العقد  
ان تدفع الدائرة الحكومية دفعة أولى بشرط ان يقدم المتعاقد الآخر كفالة  
ضمان الدفعة الأولى ، فيلجأ الى البنك للحصول على تسهيلات بنكية من  
بينها اصدار كفالة مصرفية تضمن تنفيذ المدين التزامه وان الدفعة  
الأولى التي قبضها من الجهة الحكومية مضمونه من البنك الكفيل وهذه  
التطبيقات للكفالة المصرفية يمكن ان يقصر أحد اطراف العقد في تنفيذ  
التزامه ، كما لو افى الدائن العطاء ، في التطبيق الأول أو الفت الجهة  
الحكومية مشروع استيراد المعدات الطبية .

---

== نتائج المقدم المترتبة على وجوده أولا الفرض : عبدالسلام ذهني : النظرية العامة للالتزامات  
ط ١٩٢٤ ص ٢٩٧ وقرب د. سليمان مرقس : الوالي في شرح القانون المدني الالتزامات  
ط ١٩٨٤ ص ٦٣٥ ويرى ان الطحال المقدم يقتضي على وجوده ويمحو آثاره بينما  
انقضاء الالتزامات يتم بالوفاء او بما يقابل الوفاء ويبقى المقدم قائماً بالرغم من انقضاء  
الالتزامات ، وان سبب انقضاء الالتزامات ترد على ما تم تكليفه منها وبالتالي فان نظام  
الفسخ لا تنلغي به الالتزامات لانها لا تكون قد انقضت .

ومن جهة الكفيل ، قد يتأخر في تنفيذ التزامه أو يمتنع عن التنفيذ أما بناء على طلب مكفوله أو لأسباب يراها . وعقد الكفالة المصرفية يتضمن في غالب الأحيان شروطاً تحكم علاقات أطرافه وليس لنا من اعتراض على هذه الشروط إلا ما كان منها يخالف النظام العام أو الآداب العامة ، والجزاءات التي يتفق عليها أطراف عقد الكفالة المصرفية تتضمنها شروط هذا العقد ، وما يسكت عنه العقد تتضمنه الأحكام العامة في القوانين المدنية ، وفي العلاقات الدولية فإن أحكام القانون الواجب التطبيق هي النافذة . وتصور معظم أحكام القوانين بين التنفيذ العيني والتنفيذ الاعتيادي ، والفسخ وهي تتشابه في معظم التشريعات المقارنة<sup>(٥)</sup> .

وهكذا فإن الفسخ عبارة عن انتهاء للعقد قبل انتهاء مدته ، وتحقيق الفرض من إبرامه يمارسه طرف من أطرافه إذا أخل الآخر بالتزام أوجبه هذا العقد عليه<sup>(٦)</sup> .

وحالات فسخ عقد الكفالة المصرفية قليلة ونادرة وسبب ذلك تشابه علاقات أطراف هذا العقد مع المدين ، لأن البنك الكفيل يرتبط بالإضافة إلى علاقته مع المائن بعلاقة مع المدين التي كانت سبباً في إبرام عقد الكفالة ، كما يرتبط المائن بعلاقته مع المدين التي كانت أيضاً سبباً في علاقة الأخير بالبنك وأدت بالنتيجة إلى إبرام عقد الكفالة المصرفية .

لذلك نرى في التعامل أن البنك يسعى دائماً للوفاء بالتزامه تجاه الدائن وهي حالات نادرة يمتنع فيها عن الوفاء بالتزامه ، وقد تكون ناتجة عن لجوء الدائن أو المدين إلى القضاء .

---

(٥) لا تأخذ بعض التشريعات بفكرة التنفيذ العيني كجزء أصلي وتظر إليه كملاج استثنائي لعدم التنفيذ مثل القانون الإنجليزي .

(٦) أرى أن فسخ عقد الكفالة المصرفية لا يتحقق إلا إذا أخل أحد الأطراف بالتزام جوهري أساسي . أو إذا اتفق المتعاقدان على حق الفسخ إذا أخل الطرف الآخر بأي التزام . وهناك التزامات جوهريّة وأخرى غير جوهريّة ، بحيث يكون الإخلال بالأول «وجوباً للفسخ بعكس الثانية إلا إذا اتفق بشأنها أنها تبرز الفسخ» .

ونرى كذلك ان المدين يسعى دائماً للوفاء بالتزامه تجاه الدائن حتى يبقى على علاقته الطيبة مع كفيله البنك ، أما الدائن فهو الذي لا يلتزم في عقد الكفالة المصرفية بأية شروط الا نادراً ، لانه من غير المتوقع ان يأتي الاخلال من جانبه ، ومن التطبيقات العملية لاخلال الدائن بالشروط التي تبرر الامتناع عن تنفيذ شروط عقد الكفالة المصرفية نسوق الواقعة التالية :

« ابرمت إحدى شركات السياحة والسفر عقداً مع شركة طيران أجنبية أصبحت بموجبها وكيله مبيعات لها في الأردن وكانت شروط هذا العقد ان تقدم شركة السياحة والسفر كفالة بنكية تضمن دفع ائتمان التذاكر المباعة بعد خصم العمولة ، فسخت شركة الطيران العقد مع الوكيل ، بادر الأخير الى الطلب من البنك عدم دفع الكفالة المصرفية ، ولجأ الى القضاء » .

وفي هذا الصدد نرى ان فسخ الالتزام الأصلي لا يترتب عليه في كل الاحوال انقضاء عقد الكفالة المصرفية وما ترتب عليها من التزامات ، لانه اذا كان التزام الكفيل الذي كفل المزايد ينقضي اذا تقدم مزايده آخر ، فان التزام البنك الكفيل لا ينقضي اذا بادر المدين الى عدم تنفيذ التزامه مع الدائن بأرادته المنفردة ، وعلى ذلك نرى ان فسخ أو ابطال الالتزام الأصلي يؤدي الى انقضاء عقد الكفالة المصرفية ، اذا كان مستعمل حق الفسخ على حق ، بمعنى انه لم يكن مخطئاً ، وأيضاً ومع انه اذا كانت الكفالة تمهيداً فرعياً يتبع التمسك الأصلي والفرع يتبع الأصل ، فان لهذا الفرع خاصية مجيزة تجعل له استقلاله بمعنى انه لا يتأثر بما تتأثر به علاقة اطراف الالتزام الأصلي الذي كان سببه ، والتزام البنك الكفيل تجاه دائن عميله له استقلال مميز عن التزام المدين تجاه كفيله وتجاه دائنه (٧) .

(٧) انظر د. محمد كاهل مرسي : المرجع السابق ص ١٧٩ .

والظر القواعد الموحدة لسماعات العقود الصادرة عن غرفة التجارة الدولية مشدرة في د. محي الدين اسماعيل علم الدين : موسوعة احوال البنوك ط ١٩٨٧ ص ٧١١ .  
وتضمنت المادة الثانية/ب ما يتعلق بالكفالة النهائية وللمادة الثانية/ج ما يتعلق بضمان الدفقات للمدة كما تضمنت المادة الخامسة ما يتعلق بانتهاء الضمان .

ومن جهة أخرى نجد ان هناك صورا للكفالة المصرفية ينقضى التزام البنك بانقضاء الالتزام الأصلي ، ومن هذه الصور اذا كانت الكفالة ضمانا لثمن المبيع في عقد البيع ، وثبت ان الدائن اخل بالالتزام بالضمان ، مثل ضمان التعرض أو الاستحقاق أو العيوب الخفية أو حتى الالتزام بالتسليم .

وفي هذا يقول الاستاذ الدكتور علي جمال الدين عوض في مؤلفه عمليات البنوك من الوجهة القانونية « ينقضى التزام الكفيل بأسباب عديدة ، فهو ينقضى تبعا لانقضاء الالتزام الأصلي المكفول » (١٨) .

---

(١٨) انظر د. علي جمال الدين عوض : عمليات البنوك المرجع السابق ص ١١٦٧ واورد في الجدد ٣٩ فقرة من حكم محكمة الأمور المستعجلة بالقاهرة صدر عام ١٩٦٠ ونص على ان .. التزام الكفيل ليس الا التزاما تابعا للالتزام الأصلي المكفول ، يبقى في حدود نطاق الكفالة وشروطها ما بقي هذا الالتزام وينقضى بالفسخ ، وترتيباً على ذلك تبقى الكفالة قائمة ما بقي الالتزام المكفول لا يقال من ذلك ان ينيه المدين بالالتزام الأصلي على الكفيل بإلغاء الكفالة أو فسخها طالما لم يتم دليل على انقضاء الالتزام أو على نسخ أي من الالتزامين الأصلي أو التابع وضاء أو قضاء » .

## المطلب الثالث

### اتحاد الذمة والمقاصة والتقدم

#### ٦٠- اتحاد الذمة :

الكفالة أساساً ضم ذمة الى أخرى الى حين انقضاء الالتزام المكفول فتعود كل ذمة مستقلة ، اما اتحاد الذمة فهو اجتماع لصفتي المدين والدائن في احدهما ، كما لو ورث المدين الدائن والعكس ، على ان اتحاد الذمة في شخص الكفيل لا يترتب عليه انقضاء الدين المكفول بل ينقضي عقد الكفالة ، وهذا ما نصت عليه المادة ٩٩٠ من القانون المدني بأنه « اذا مات الدائن وانحصر ارثه في المدين برى الكفيل من الكفالة » (١) . والمادة ٣٥٣ من ذات القانون « اذا اجتمع في شخص واحد صفتا الدائن والمدين بالنسبة الى دين واحد انقضى هذا الدين بالقدر الذي اتحدت فيه الذمتان » .

وتأسيساً على ما تقدم فإن الالتزام المكفول يبقى واجب التنفيذ بضممان ما قدمه الكفيل حتى ولو اتحدت ذمتا المدين والكفيل ، ويختلف الامر عند اتحاد ذمتي المدين والدائن لان الالتزام المكفول ينقضي في الوقت الذي ينقضي به الالتزام الناشئ عن عقد الكفالة كائر لهذا العقد .

وتطبيقاً لذلك ينقضي التزام البنك الكفيل بانقضاء التزام المدين اذا كفل هذا البنك المدين بأن يؤدي مبلغاً من النقود الى شخص توفي بعد ذلك وانحصر ارثه في هذا المدين ، وينقضي التزام البنك الكفيل الذي كفل حسن تنفيذ عمل المتعهد من الباطن في مواجهة المقاول الأصلي ، اذا اتحدت ذمتا المتعهد والمقاول (٢) .

(١) انظر نص المادة ٨٧٣ من مرشد الجيران ويتطابق حكمها مع القانون المدني الاردني ومع المادة ١١٠٣ من قانون المعاملات المدنية في الامارات المتحدة .

(٢) كما هو شأن الدماج الشركات .

أما اتحاد ذمة المدين والكفيل فانه لا ينقضي معه الالتزام الأصلي ولو انقضى عقد الكفالة ، وكذلك اتحاد ذمة الدائن والكفيل فان انقضاء الكفالة والالتزام البنك الكفيل لا ينقضي معه التزام المدين الأصلي ، بل يبقى هذا الالتزام ويتمين الوفاء به (٣٦) .

وعلى ذلك فان الكفيل الذي يوث المدين أو العكس لا يتحقق به اتحاد ذمة الكفيل والمدين بمعناه الحقيقي ، اذ ان اتحاد الذمة اجتماع صفتي دائن ومدين في شخص واحد بالنسبة لدين واحد ، وهنا لا تجتمع صفتا دائن ومدين في شخص واحد ، لان البنك الكفيل الذي كان ملزماً بصفة تسعية عن غيره أصبح ملزماً بصفة أصلية عن نفسه (٤١) .

#### ٦١- المقاصة :

اذا أصبح المدين دائناً للدائن بما يعادل دين الدائن ينقضي الدينان ، وعرف المشرع المقاصة في المادة ٣٤٣ من القانون المدني بقوله « المقاصة إيفاء دين مطلوب لدائن بدين مطلوب منه لمدينه ، وتكون جبرية بقوة القانون وقضائية بحكم المحكمة أو اختيارية باتفاق الطرفين (٤٥) » .

وهكذا فان البنك الكفيل يمكنه ان يدفع بعدم الوفاء اذا صار المدين الأصلي دائناً للدائن على نحو تتحقق المقاصة بين دين الدائن في ذمة المدين ودين الأخير في ذمة الدائن ، أما البنك الكفيل فانه ليس بوسعه

---

(٣) انظر اتحاد الذمة د- محمد كامل مرسي : المرجع السابق ، ص ١٧٧ . والمادة ٣٧٠ من القانون المدني المصري « اذا اجتمع في شخص واحد صلتا الدائن والمدين بالنسبة الى دين واحد ، انقضى هذا الدين بالقدر الذي اتحدت فيه الذمة » .

(٤) انظر المادة ٢٠٣٥ من القانون المدني الفرنسي « اتحاد الذمة الذي يحصل في شخص المدين وكفيله في حالة ما اذا ورث احدهما الاخر لا تنقضي به دعوى الدائن على من كفل الكفيل » .

(٥) انظر المادة ٣٤٤ من القانون المدني ، وما يقابلها في المادة ٣٦٢ من القانون المدني المصري .



ان يتمسك بالبلغ بعدم الوفاء على أساس انه دائن للدائن ذلك لان المقاصة تتحقق فيما بين المدين والدائن على نحو لا يكون الكفيل في هذا المثال دائناً أو مديناً رغم ما قيل انه مدين بالتزام ناشيء عن عقد الكفالة وهو ذات الشأن بالنسبة للمدين اذ لا يمكنه التذرع بالمقاصة في مواجهة دائنه على أساس ان الأخير مدين لكفيله<sup>(٦)</sup> والمقاصة تنطوي على معنيين ، أولهما الوفاء وثانيهما الضمان . فالوفاء يعني ان كلا من الدينين يقاس وفاء بالدين الآخر ، والضمان يعني ان من يتمسك بالمقاصة يضمن استيفاء دينه مقدماً على سائر الدائنين ، كما ان المقاصة وسيلة لتساقط دينين بين شخصين كل منهما دائن ومدين للآخر وهي بهذه الصفة تجعل دين المدين ودين الدائن متساقطين ، ولا تنطبق هذه الصفة على التزام البنك الكفيل كمدين للدائن لان المقاصة تمتنع لاسباب مختلفة رغم اجتماع شروطها ، اذ لا يجوز ان يلتقي دينان اذا كان أحدهما وجب في ذمة شخص بسبب انتزاعه دون وجه حق<sup>(٧)</sup> ، كما لا يجوز ان يقاس دين بما يكون الدائن ملزماً برده بمقتضى التعاقد احتراماً لما ينبغي ان يكون عليه التعامل من الثقة وحسن النية .

وانقضاء التزام البنك الكفيل في مواجهة دائن مكفولة يكون بقدر دين المكفول في ذمة الدائن على نحو تبقى الكفالة بقدر الباقي في ذمة المدين المكفول<sup>(٨)</sup> .

(٦) نصت المادة ١٢٣ من قانون الالتزامات والسويسي « بان للدائنين عند اللام المدين ان يقاسوا ديونهم ولو لم تكن مستحقة الاداء فيما يجب في ذمتهم من ديون » .

(٧) لا يجوز للدائن ان يتمسك بالمقاصة بين ما ترتب له بلزمة مدينة وبين ما يكون في يده من مال المدين على سبيل الوديعة او عارية الاستعمال . انظر مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري الجزء الثالث ص ٢٧٤ .

(٨) نصت المادة ٣٤٠ من القانون المدني على انه « يشترط في المقاصة الجبرية ان يكون كلا الطرفين دائناً ومديناً للآخر وان يتماثل الدينان جنساً ووصفاً واستحقاقاً وقيمة وضخماً والا يضر اجرائها بسقوط الثلث » .

## ٦٢- التقادم :

لا ينقضي الحق بمرور الزمان ولكن لا تسمح الدعوى به على المنكر ، هذا ما نصت عليه المادة ٤٤٩ من القانون المدني ، وعلى هذا فان التزامات الكفيل كآثار ترتبت بموجب عقد الكفالة يسقط حق الدائن في مواجهة الكفيل بمرور الزمان المانع من سماع الدعوى (٩) .

ووفق نص القانون المدني فان التقادم لا يقوم على أساس قرينة الوفاء ، بل يرجع أساسه الى ان تراخي الدائن في المطالبة بحقه مدة طويلة يفضي الى إرهاب المدين بما يجاوز قدرته على احتمال انتظار مطالبته بالدين ، وانه لذلك يمكن ان يتمسك المدين بمرور الزمان المانع من سماع الدعوى .

ونفضل الأخذ بفكرة انقضاء الالتزام الناشئ عن عقد الكفالة مستقلاً عن الالتزام الأصلي لأن التزام الكفيل كسائر الالتزامات يسقط حق الادعاء به بمرور الزمان ، وان انقطاع المدة في مواجهة الكفيل لا يؤدي الى ذات النتائج في مواجهة المدين ، الا انه مراعاة لعقد الكفالة كمقد تابع فان انقضاء المدة كسبب مانع من سماع الدعوى في مواجهة المدين يؤدي الى سماع الدعوى في مواجهة الكفيل تبعاً لانقضاء حق الادعاء بالدين الأصلي (١٠) .

---

(٩) انظر نص المادة ٣٧٤ من القانون المدني المصري « يتقادم الالتزام بانقضاء خمس عشرة سنة فيما عدا الحالات التي ورد عنها نص خاص في القانون ... » .

وقارن نص المادة ٤٧٣ من قانون المعاملات المدنية لعمالة الامارات وورد على غرار القانون المدني الأردني « لا ينقضي الحق بمرور الزمان ولكن لا تسمح الدعوى به على المنكر ... » وقرب مع نص المادة ٢٥٦ من مرشد الجيران « دعوى الدين أياً كان سببه لا تسمح على منكر الدين بعد تركها من غير علم شرعي خمس عشرة سنة » .

(١٠) رأي بعض الفقه ان الكفالة تنقضي بالتقادم تبعاً لانقضاء الالتزام المكفول لانها عقد تابع ، ولا تسقط وحدها بالتقادم ، وان الأعمال التي تطلع المدة السارية ضد المدين تغطيها ضد الكفيل أيضاً . ورأى البعض الآخر ان الكفالة كسائر الالتزامات تسقط بالتقادم مستقلة عن الالتزام الأصلي . انظر هذه الآراء . د . محمد كامل مرسى : المرجع السابق ص ١٨٢ ويقول « وقد اختلف أصحاب هذا الرأي الأخير فيما اذا كان انقطاع المدة ضد الكفيل يغطيها أيضاً ضد المدين كما اذا دفع الكفيل لوفاء الدين وقطع بذلك المدة ضد نفسه » .

## المبحث الثاني

### الأسباب الاتفاقية لانقضاء الكفالة المصرفية

٦٣- تتحدد التزامات البنك الكفيل وفق الشروط التي تضمنها عقد الكفالة على النحو الذي اتفق عليها طرفاه ، وكما يلتزم هذان الطرفان بإرادتهما يمكنهما إنهاء هذا الالتزام بإرادتهما ، وعليه فإن عقد الكفالة المصرفية ينقضي باتفاق أطرافه ، اذ يستطيع الدائن والبنك الكفيل الاتفاق على إنهاء العقد الذي أبرماه وحددا شروطه (١) .

ونعني بالأسباب الاتفاقية تلك التي تنتضي بوجودها الالتزامات التي انشأها عقد الكفالة دون ان تنفذ فالإبراء واستحالة التنفيذ والتقادم المسقط لحق الادعاء تنقضي بها التزامات أطراف عقد الكفالة دون تنفيذ وهذه الأسباب لا نصنفها في قائمة الأسباب الاتفاقية التي وضعنا في أطرافها المصالحة والإحالة والتجديد والتي سنناقشها في المطالب الثلاثة التالية :

---

(١) يرى بعض الفقه ان هناك طريقتين لانقضاء الكفالة الأولى تبيعية أو غير مباشرة على أساس ان عقد الكفالة عقد تابع للالتزام الأصلي ، وكل سبب ينقضي به الالتزام الأصلي تنقضي به الكفالة . والثانية طريق أصلي على أساس ان الكفالة تنقضي مستقلة عن الالتزام الأصلي . انظر د. محمد كامل مرسي : المرجع السابق ص ١٧١ وما بعدها .

## المطلب الأول

### المصالحة

٦٤- اذا كانت الكفالة المصرفية تنقضي بفوات المدة المحددة لسريانها ، أو بآتمام الغرض الذي من أجله تم اصدارها أو بدفع قيمتها للدائن . فانها كذلك تنقضي بمصالحة يجريها الدائن والبنك الكفيل ، والمصالحة عقد يبرمه البنك الكفيل والدائن وتتحدد شروطه باتفاقهما ، بحيث ينقضي عقد الكفالة المصرفية ليحل محله عقد جديد هو عقد الصلح ، وبموجب هذا العقد تنقضي علاقة الدائن بالمدين ، كما تنقضي علاقة البنك الكفيل بالدائن التي قامت على شروط عقد الكفالة .

وترتب على ذلك إعادة سند الكفالة الذي أصدره البنك لصالح المستفيد الدائن<sup>(١)</sup> ، وإعادة سند الكفالة الى البنك الكفيل ليس هدفاً بحد ذاته يتحدد على أساسه انقضاء التزام البنك أو بقاء هذا الالتزام ، ذلك لأن سند الكفالة يعد في حكم المنتهى بانقضاء التزام البنك بالمصالحة . وانه اذا دفع البنك قيمة سند الكفالة فلا يعني احتفاظ الدائن بالسند بقاء ذمة البنك مشغولة بقيمة هذا السند لانه ليس من الأوراق التجارية التي يدل احتفاظ المستفيد بها على انه دائن بقيمتها حتى يثبت العكس ، وهذا السند لا يقبل التداول بطريق التطهير وليس له خصائص الأوراق التجارية .

وتأسيساً على ذلك فانه اذا أبرم البنك الكفيل صلحاً مع الدائن ودفع له مبلغاً من النقود على أساس اعتبار التزامه بقيمة السند منقضيّاً فان هذا الالتزام ينقضي ، وان بقاء سند الكفالة مع الدائن يصبح غير ذي فائدة لحامله ، كما انه اذا انقضت مدة سريان عقد الكفالة المصرفية ولم يطلب

(١) ان عدم إعادة هذا السند لا يعني بقاء الالتزام في ذمة البنك ، لان أسباب انقضاءه يجب اعماله بحيث يترتب على ذلك فقدان السند قيمته .

المستفيد بقيمتها فان الالتزام الذي انشأه العقد على عاتق البنك ينقضي في هذه الحالة ولا يعود لاحتفاظ الدائن بسند الكفالة أي ميزر ويتعين عليه اعادته الى البنك الكفيل ، وان عدم اعادة ذلك السند لا يترك آثاراً بسبب ان السند فقد قيمته بانقضاء الالتزام الذي تضمنه .

ويشبه عقد الصلح الإبراء في ان الالتزام بالكفالة المصرفية ينقضي بكليهما ، لان آثار العقد الجديد وهو عقد الصلح تحل محل آثار عقد الكفالة الذي انقضى ، وكذلك لان ارادة الدائن تنازلت عن الحق الثابت في عقد الكفالة لتنقضي الالتزامات الناشئة عنه وتبرا ذمة الكفيل .

ويختلف عقد الصلح عن الإبراء في ان الإبراء يتم بارادة واحدة هي ارادة الدائن أما في عقد الصلح فلا بد من ارادتين يلتزم من صدرتا عنهما بشروط ذلك العقد .

ويجدر بالذكر ان عقد الصلح اذا ابرم فيما بين الدائن والمدين فان آثاره لا تنصرف الى الكفيل (البنك) أعمالاً لمبدأ نسبيه أثر العقد ، ما لم يرتب هذا العقد أثراً يؤدي الى انتهاء عقد الكفالة ، كما يؤدي عقد الصلح الى ان يبرى الدائن البنك الكفيل من التزامه في عقد الكفالة او يرتب ابرام عقد جديد بمبلغ أقل أو أكثر من المبلغ المحدد في العقد السابق ، ففي هذه الحالة نقول ان أثر عقد الصلح أدى الى ابرم عقد جديد فيما بين البنك الكفيل والدائن بناء على طلب المدين .

وهكذا فان عقد الصلح ذو أثر هام في عقد الكفالة المصرفية ، لان هذا الأثر يؤدي في غالب الأحيان الى انقضاء التزام البنك الكفيل ، على انه اذا كان انقضاء التزام البنك الكفيل يتقرر بسبب عقد الصلح فان هذا الالتزام لا ينقضي بسبب الصلح الذي يبرمه الدائنون مع المجلس ، لان الدائنين لا يبرئون ذمة المدين المجلس الا من الجزء الذي حصل الصلح بشأنه والذي يصفه المدين ، بالاضافة الى ان الجزء الباقي من الدين في حالة الصلح الواقعي يبقى ديناً طبيعياً على المدين وتفرض عليه مجموعة قواعد الأخلاق والشرف ان يؤديه لدائنه ، ويبقى هذا الجزء من الدين

الذي لم يؤده المدين المفلس الى الدائن ديناً في ذمة الكفيل<sup>١٢</sup> على شرط ان يبادر الدائن الى التقدم في التفليسة بدينه . وان عدم تقدمه يؤدي الى سقوط حقه في الرجوع على الكفيل بقدر ما ترتب على تراخيه من ضرر . وهذا ما نصت عليه المادة ٩٧٨ من القانون المدني الذي ورد على النحو التالي « على الدائن اذا افلس مدينة ان يتقدم في التفليسة بدينه والا سقط حقه في الرجوع على الكفيل بقدر ما ترتب على تراخيه من ضرر »<sup>١٣</sup> .

وهكذا فان الصلح كمقد ، يتنازل بموجبه الطرفان كل منهما على وجه التقابل عن جزء من حقوقه او ادعاءاته ويحسم المنازعات التي تناولها ، ويرتب عليه انقضاء الحقوق والادعاءات التي نزل عنها أي من المتماقين . ونصت المادة ٩٨٩ من القانون المدني على انه « اذا صالح الكفيل او المدين الدائن على قدر من الدين برئت ذمتهما من الباقي فاذا اشترطت براءة الكفيل وحده فالدائن بالخيار ان شاء اخذ القدر المصالح عليه من الكفيل والباقي من الاصيل وان شاء ترك الكفيل وطالب الاصيل بكل الدين » .

وبمقتضى هذا النص قرر المشرع حكماً في صالح الدائن بحيث يخبره بين ان يأخذ المبلغ المصالح عليه ويطالب الاصيل بالباقي وبين رفض المصالحة وفي هذه الحالة لا يبقى له غير مطالبة المدين بكامل الدين .

---

(٢) انظر د. محمد كامل مرسي : المرجع السابق ص ١٧٨ . وراجع نص المادة ٣٩٧ لفرد ( ١ ) من قانون التجارة ونص على انه « كما يجوز ان يتضمن إبراء المدين من جزء كبير أو صغير من دينه إبراءاً لهذا الإبراء يترك على عاتقه التزماً طبعياً » . وانظر نص المادة ٤٣٠ من ذات القانون الذي يؤكد للدائنين حقهم في اقامة الدعوى على شركاء المفلس وراجع نص المادة ٤٣١ من ذات القانون بشأن التضامن في الالتزام المكفول والشريك الذي يفي جزءاً من الدين وقارن مع نص المادة ٣٤٩ من قانون التجارة المصري الذي أكد على ان للدائن مطالبة الشركاء في الدين بتمام دينه ولو حصل مع المفلس . (٣) قارن مع نص المادتين ١٠٢٧ ، ١٠٢٨ من القانون العراقي والمادتين ٧٥٠ ، ٧٥٢ من القانون المدني السوري وجاءت النصوص متشابهة في الحكم ويستدل على ذلك بالرجوع الى نهاية المحاج ج ٤ ص ٤٥٨ والمذهب المالكي في كتاب الفقه على المذاهب الأربعة . ج ٣ ص ٢٣٩ مشار اليه في المذكرة التوضيحية للقانون المدني الأردني ص ٦٣٠ . وقارن مع نص المادة ٧٨٦ من القانون المدني المصري وتضمن انه « اذا افلس المدين وجب على الدائن ان يتقدم في التفليسة بالدين والا سقط حقه في الرجوع على الكفيل بقدر ما اصاب هذا الأخير من ضرر بسبب اصاله الدائن » .

## المطلب الثاني

### الإحالة

#### ٦٥- الإحالة :

هي نقل التزام المدين إلى الغير أو حق الدائن إلى الغير ، والإحالة في عقد الكفالة ورد النص عليها في المادة ٩٩٢ من القانون المدني بأنه « إذا أقال الكفيل أو الأصيل الدائن بالدين المكفول به أو بجزء منه على آخر حواله مقبولة من المحال له والمحال عليه برى الأصيل والكفيل في حدود هذه الحوالة » .

ويمقتضى هذا النص ، فإن الكفيل يمكنه ان ينقل التزامه الناشئ عن عقد الكفالة المصرفية الى شخص آخر على نحو يلتزم بالوفاء بدلا عنه بشرط رضا المحال له والمحال عليه ، وكذلك الأمر بشأن المدين فإن من حقه ان يحيل الدين المترتب بذمته الى شخص آخر يقبل وفاءه للدائن شريطة قبول الأخير .

والحوالة الواردة على هذا النحو يبرأ على أساسها الكفيل والأصيل معاً في حدود ما أحيل به ، أما اذا اشترط في الحوالة برائة الكفيل فقط برى وحده دون الأصيل<sup>(١)</sup> .

وعلى هذا الأساس اذا أقال الكفيل الالتزام الناشئ عن عقد الكفالة بصفته عقداً تابعاً لالتزام أصلي كان سبب انشائه أو الأصيل الالتزام الأصلي الذي انشأ عقد الكفالة فإن ذمتها تبرا من الالتزام بقبول المحال له والمحال عليه بالالتزام المحال به .

وحكم القانون في هذه الحالة يقرر انتهاء الكفالة والالتزامات التي انشأتها على أساس من عقد الحوالة وفق ما عرفته المادة ٩٩٣ من القانون المدني بأن « الحوالة نقل الدين أو المطالبة من ذمة المعيل الى ذمة المحال عليه » (٢) .

(١) انظر نص المادة ٩٩٢ فقرة ٢ ق من القانون المدني « واذا اشترط في الحوالة برائة الكفيل فقط برى وحده دون الأصيل » .

(٢) انظر نص المادة ٣٠٣ من القانون المدني المصري بشأن حوالة الحق ، والمادة ٣١٠ من ذات القانون بشأن حوالي الدين .

لذلك نقول يستطيع البنك الذي كفل عميله في مواجهة شخص آخر ان يحيل التزامه الناشئ عن عقد الكفالة المصرفية الى شخص آخر بحيث يقوم الأخير بالوفاء للدائن ، ويترتب على ذلك برادة ذمة البنك الكفيل والمدين الا في حالة اشتراط برادة الكفيل فقط(٣) ويتمين في الحوالة موافقة الدائن وهو المستفيد من الكفالة المصرفية وموافقة المحال عليه وهو من سيجي قيمة هذه الكفالة للمستفيد .

وفي هذا الصدد نصت المادة ٩٩٦ من القانون المدني الأردني على انه « يشترط لصحة الحوالة رضا المحيل والمحال عليه والمحال له » .

والحوالة بمقتضى أحكام القانون المدني لا تتم الا بعقد يستجمع شروطاً خاصة بالإضافة الى الأركان العامة للعقد وهذه الشروط :

- ١ - ان تكون منجزة غير معلقة الا على شرط ملائم أو متعارف ولا مضافاً فيها العقد الى المستقبل .
- ٢ - الا يكون الاداء فيها مؤجلاً الى أجل مجهول .
- ٣ - ان تكون مؤقتة بموعد .
- ٤ - ان يكون المال المحال به ديناً معلوماً يصح الاعتياض عنه .
- ٥ - ان يكون المال المحال به على المحال عليه في الحوالة المقيدة ديناً أو عيناً يصح الاعتياض عنه وان يكون كلا المالكين متساويين جنساً وقدراً وصفه .
- ٦ - ان لا تؤدي الى التفافين فيما بين المتعاقدين(٤) .

---

(٣) راجع نص المادة ٩٩٢ من القانون المدني الأردني والمادتين ٧٤٨ ، ٧٤٩ من القانون المدني السوري والمادتين ١٠٤٠ و ١٠٤٧ من القانون المدني العراقي .

(٤) انظر نص المادة ٨٩٦ من مرشد الجوان والمادة ١٠٠٠ من القانون المدني الأردني والمواد ٣١٥ وما بعدها من القانون المدني المصري والمادتين ٦٨٨ و ٦٨٩ من مجلة الاسكاف المدنية وشرحهما لملي حيدر ، ونصت المادة ١٠٠١ من القانون المدني الأردني على انه « تبطل الحوالة اذا اتفق أحد شرائط انقادما ويحود الدين على المحيل » .



هذا وورد في المذكرة الايضاحية للقانون المدني ان المادة ١٠٠٠ تناولت شروط انعقاد الحوالة فضلا عن الشروط العامة في العقود الواردة في النظرية العامة وأول هذه الشروط ان تكون منجزة غير معلقة الا على شروط ملائم أو متعارف<sup>(٥)</sup> وان يكون المال ديناً لازماً ومعلوماً لان الجهالة من الغرر المفسد للمعاوضة ذلك ان الحوالة لا تخلو من المعاوضة . وعليه لا تصح بدين مجهول لانه يتعذر استيفاؤه وإيفاءه<sup>(٦)</sup> .

ونصت المادة ١٠٠١ من القانون المدني فقرة ١ على انه « تبطل الحوالة اذا انتفى أحد شرائط انعقادها ويعود الدين على المحيل »<sup>(٧)</sup> .

---

(٥) يشترط المتعلية عدم وجود شرط غير جائز من مبطل كالتعليق والتأجيل أو مفسد كالتأجيل إلى أجل مجهول جهالة فاحشة ، لان التأجيل يغطي طبيعة الحوالة والتأجيل بالأجل المجهول جهالة فاحشة يفضي إلى النزاع بخلاف التأجيل بالأجل المعلوم كفاية شهر مثلا . انظر المذكرة الايضاحية للقانون المدني ص ٦٣٩ .

(٦) كل دين تصح به الكفالة تصح به الحوالة انظر المذكرة الايضاحية للقانون المدني ص ٦٣٩ .

(٧) يستوى في حكم عدم المادة تخلف هذه الشروط أو أحدها . انظر المذكرة الايضاحية للقانون المدني المصري المتعلقة بأحكام المواد ٣٠٣ - ٣٢٢ الباسطة في حوالة الحق وحوالة الدين .

## المطلب الثالث

### التجديد

٦٦- التجديد هو استبدال الدين ، أي زوال الدين وإيجاد دين غيره بدلة ، ويعني في عقد الكفالة المصرفية ، استبدال الالتزام الجديد بالالتزام القديم ، على نحو يصبح الالتزام الذي انشأه عقد الكفالة المصرفية منتهياً بانتهاء مدته . ويستبدل غيره به ليحل محله وعرفت المواد ١٢٧١ ، ١٢٧٤ ، ١٢٧٥ من القانون المدني الفرنسي التجديد بالقول « يتجدد الالتزام :

أولاً - بتغير الدين إذا اتفق الطرفان على أن يستبدلا بالالتزام الأصلي التزاماً جديداً يختلف عنه في محله أو في مصدره .

ثانياً - بتغير المدين إذا اتفق الدائن مع أجنبي على أن يكون هذا الأجنبي مديناً مكان المدين الأصلي وعلى أن تبرأ ذمة المدين الأصلي دون حاجة لرضائه ، أو إذا حصل المدين على رضاء الدائن بشخص أجنبي قبل أن يكون هو المدين الجديد .

ثالثاً - بتغير الدائن إذا اتفق الدائن والمدين وأجنبي على أن يكون هذا الأجنبي هو الدائن الجديد » .

ويقابل هذا النص ما ورد في المادة ٣٥٢ من القانون المدني المصري (١) والاستبدال يتم عندما يتغير الدين أو يتغير المدين أو الدائن (٢) ويتبنى

---

(١) لا يوجد في القانون المدني الأردني نصاً بشأن تجديد الالتزام ، سوى ما ورد في المواد الباسقة في الالتزام البدلي « التخييري » والمبايعه العامة المتعلقة في إبرام العقود .

(٢) عندما يتغير المدين فهذا يعني أن التكفل الجديد حل محل المدين في التضامن مع التكفل وحز ما لا يؤثر في العقد المبرم بين التكفل والدائن أما إذا تغير الدائن فإن هناك شخصاً من الغير يحل محل هذا الدائن ولا يتم هنا الحلول إلا باتفاق الدائن والمدين وهذا الغير انظر د . محمد كامل مرسى : المرجع السابق ص ١٧٣ .

على ذلك أن التجديد بين الدائن وأحد المدينين المتضامنين يبرئ باقي المدينين لأن الاستبدال في هذه الحالة يؤدي إلى إبراء الكفلاء ، وقضت إحدى محاكم الاستئناف المصرية « بأن مجرد مطالبة الدائن بدين مدينة من مدين آخر سواء كان برضاء المدين الأصلي أو بغير رضائه لا يعد تجديداً للمدين مبرئاً لذمة الكفيل ، لأن هذا الحق للدائن لا يبرأ منه الكفيل إلا بعد حصول الدائن على دين مدينة هذا أو بقدره فقط » (٣) .

وهكذا فإن الكفالة إذا منحت إلى أجل محدد فإنها تشكل بأثارها التزاماً محدد المدة ، وهذا الالتزام لا ينقضي بفوات المدة وكذلك لا ينقضي الالتزام المكفول بإرادة الكفيل المنفردة لأنه لا بد من وجود أحد أسباب الانقضاء لهذا الالتزام التي تحدثنا عنها ومنها تجديده بإرادة الطرفين ، الكفيل البنك والدائن المستفيد .

كما وإن حلول أجل عقد الكفالة المصرفية يؤدي إلى ذات الآثار التي تؤدي إليها أسباب انقضاءها وهي الغاء الكفالة ، لأن الالتزامات الناشئة بعد انقضاء الأجل المحدد لعقد الكفالة المصرفية لا يغطيها عقد الكفالة المصرفية الذي انتهى أجله ، بينما يلتزم الكفيل دائماً بالالتزامات السابقة على عقد الكفالة وهي طلب المدين أن يضم ذمته إلى ذمة الكفيل من أجل تنفيذ التزامه في مواجهة الدائن (٤) .

وتطبيقاً لذلك إذا كان عقد الكفالة المصرفية محدد المدة فلا ينقضي الالتزام الناشئ عنه قبل انقضاء هذه المدة (٥) .

---

(٣) يتفق هذا الحكم مع نص المادة ١٢٨١ من القانون المدني الفرنسي ، باستثناء ما ورد في الفقرة الثانية من هذه المادة عندما نصت على أنه « ومع ذلك إذا حتم الدائن في الحالة الأولى انضمام المدينين أو في الحالة الثانية انضمام الكفلاء ، فإن الدين القديم يبقى إذا رفض المدينون أو الكفلاء الانضمام إلى الالتزام الجديد » انظر د. محمد كامل مرسي : المرجع السابق ص ١٧٥ .

(٤) انظر د. بشارتي نجاة : المرجع السابق ص ٢٧١ وما بعدها .

(٥) وينطبق هذا الحكم لو كان بقاء التزام الكفيل مرتبطاً بعملية معينة انظر د. علي جمال الدين عوض : المرجع السابق ص ١١٧٠ ويقول « يستثنى من هذا الحكم وفاة الكفيل حيث تطف الكفالة » كما رأينا - عند الديون التي نشأت قبل وفاته فيحصلها الورثة أما ما بعدها فلا تغطيها الكفالة » .

أما إذا كان العقد غير محدد المدة وغير مرتبط بعملية معينة ، فمن حق الكفيل في كل وقت ان يتحلل من التزامه بالنسبة للمستفيد وذلك بإعلان ارادته في ذلك الى المستفيد ، وبذلك لا يكون مسؤولاً عن غير الديون التي نشأت قبل اعلان ارادته<sup>(٦)</sup> على انه اذا تضمن عقد الكفالة شرطاً يلزم الكفيل اذا رغب انهاء الكفالة ان يتم الانتهاء في شكل معين ، عندئذ لا بد من تحري هذا الشرط لاعماله .

وفي كل الحالات السابقة يكون تجديد الالتزام في عقد الكفالة المصرفية سبباً في انقضاء الالتزام السابق ليحل محله الالتزام الجديد بالشروط الجديدة .

---

(٦) يشترط ان يتم اعلان الكفيل بانهاء كفالته في وقت مناسب مع مراعاة حسن النية وفقاً للمبادئ العامة في المعاملات المدنية التي توجب حسن النية .

## المبحث الثالث

### الأسباب الخاصة لانقضاء الكفالة المصرفية

٦٧- اثبتنا فيما سبق ان التزام الكفيل في عقد الكفالة التزام تابع للالتزام الأصلي ويبقى التزام الكفيل في حدود نطاق الكفالة وشروطها ما بقي الالتزام الأصلي وينقضي بانقضائه .

وعلى أساس ذلك فإن كل ما يؤدي الى انقضاء الالتزام الأصلي يؤدي الى انقضاء التزام الكفيل ، وتحدثنا أيضاً عن أسباب انقضاء التزام الكفيل بالوفاء والبراء والاخلال في التنفيذ وفسخ العقد واتحاد الذمتين والمقاصة والتقدم والمصالحة والاحالة والتجديد ، وبقي ان نتحدث عن أسباب أخرى تؤدي الى انقضاء التزام الكفيل :

#### ٦٨- التغير الطاريء على الكفيل :

التصفية والافلاس والاندماج وما يؤدي الى انقضاء الشخصية الاعتبارية لشخص الكفيل يؤدي الى انقضاء التزام الكفيل في الكفالة المصرفية ، وعليه فإن الشركة التي يقرر تصفيتها تصبح التزاماتها الناشئة عن الكفالة مع جملة الالتزامات الأخرى في مواجهة المصفي وهو ذات الحكم بالنسبة لافلاس الشركات ، أما الاندماج فيختلف الأمر بشأنه ويعتبر الالتزام ديناً في ذمة شخص جديد بحيث لا ينقضي ، ذلك لان التزامات الشركتين المندمجتين تترتب بذمة الشخص الجديد الذي احده ان اندماج فيما بين شركتين انقضت شخصية كل منهما الاعتبارية . كما وتنتقل التزامات الشركة المندمجة الى الشركة الدامجة على نحو يمكن ان نقرر ان هناك تجديداً للالتزام وما يؤيد هذا القول ، ان البنك الدامج عندما رضى ان يتحمل التزامات البنك المندمج فانه بذلك يجدد التزاماً كان سينقضي لو لم يحصل الاندماج ، وفي هذه الحالة يترتب على التجديد

انقضاء الالتزام الأصلي بتواضعه<sup>(١)</sup> وعلى ذلك فإن التزام البنك الكفيل ينقضي بإعلان تصفيته وينطبق هذا الحكم عند الإفلاس ، أما اندماج البنوك فتطبق بشأنه ذات قواعد اندماج الشركات<sup>(٢)</sup> .

#### ٦٩- التغيير الطاريء على المكفول :

إذا فسخت شركة حصلت على تسهيلات مصرفية من بينها كفالة ، فإن ما يترتب على الفسخ هو حلول آجال الديون ، وهو ما يعني أن البنك الذي منحها الاعتماد بالكفالة يصبح مسؤولاً عن تنفيذ التزامه كائن لعقد الكفالة ولو لم يحل أجله ، أما تغير شكل الشركة المدينة فسيأتي الحديث عنه في موضع لاحق .

#### ٧٠- وفاة الكفيل :

الأصل أن الالتزامات المالية للشخص تنفذ في أمواله وعند وفاته في تركته ، وهذا يعني أن وفاة الكفيل لا تمنع أن يطالب الدائن ورثة المدين بتنفيذ التزام مورثهم وفق ما نصت عليه المادة ٩٧٣ من القانون المدني « إذا مات الكفيل أو المدين قبل حلول الدين المؤجل استحق الدين في تركته من مات » .

وتتحقق وفاة الشركة أو البنك بفسخها أو إعلان إفلاسها ، بحيث يستوفى الدائنون حقوقهم من تركتها . وهي بالنسبة لشركة التضامن

---

(١) تعني بالتواضع التأمينات وتنقضي تبعاً لانقضاء الالتزام التي كانت مخصصة لها . انظر المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري الجزء الثالث ص ٢٥٢ وما بعدها . وراجع الأستاذ أحمد فتحي زغلول : شرح القانون المدني ط ١٩١٣ ص ٣٤٠ - ٣٤١ .

(٢) أن اندماج البنوك يترتب عليه ذات الآثار التي ذكرناها عن اندماج الشركات بحيث تنتقل التزامات البنك المندمج لتترتب بصفة البنك المندمج ، بما يعني تجديد الالتزام وترتب الالتزامات الناتجة عن كفالة أحد البنوك المندمجة بصفة البنك الجديد الذي نتج عن الاندماج .

انظر في اندماج الشركات د. حسني المصري : اندماج الشركات وانقسامها الطبعة الأولى ١٩٨٦ ص ٢٤٥ وما بعدها .

أموال الشركاء وللشركة المساهمة العامة والمساهمة المحدودة والتوصية  
بمحدود رأسمال المساهمين في هذه الشركات .

ونصت المادة ٢٠١٧ من القانون المدني الفرنسي على ان الكفالة  
لا تنقضي بموت الكفيل بل ينتقل التزامه الى ورثته ، لان الكفيل ملزم  
في كل امواله (٣) .

#### ٧١- تأخر الدائن في اتخاذ الاجراءات القانونية :

نصت المادة ٩٧٨ من القانون المدني الأردني بان « على الدائن اذا  
افلس مدينة ان يتقدم في التفليسة بدينه والا سقط حقه في الرجوع  
على الكفيل بقدر ما ترتب على تراخيه من ضرر » (٤) .

وهذا السبب من أسباب انقضاء الالتزام في الكفالة المصرفية يؤدي  
الى سقوط حق الدائن في اتخاذ الاجراءات القانونية ضد المدين رغم اذاره  
من قبل البنك بضرورة القيام بذلك خلال ستة أشهر من تاريخ الانذار .

ونصت المادة ٩٨١ من القانون المدني الأردني على انه « اذا استحق  
الدين ، ولم يطالب الدائن المدين به فيجوز للكفيل ان ينذر الدائن باتخاذ  
الاجراءات ضد المدين ، واذا لم يتم بذلك خلال ستة أشهر من تاريخ  
الانذار ولم يقدم المدين للكفيل ضماناً كافياً خرج الكفيل من الكفالة » .

#### ٧٢- تغير الشكل القانوني للكفيل :

لا تنقضي التزامات الكفيل بتغير شكله القانوني ، والشركة الكفيلة  
لا بد من وفاء التزاماتها الناتجة عن عقد الكفالة حتى ولو غيرت شكلها

---

(٣) يطابق هذا الحكم نص المادة ١٠٨٤ من قانون المعاملات المدنية لدولة الامارات العربية  
المتحدة . وانظر نص المادة ٣٦ من قانون الشركات الأردني .

(٤) يقابل هذا الحكم نص المادة ٧٨٦ من القانون المدني المصري والمادة ١٠٨٩ من قانون  
المعاملات المدنية لدولة الامارات .

القانوني من شركة توصية الى شركة تضامن أو العكس ، وتغير الشكل القانوني يعني التحول وهو ما يميز التغير عن الاندماج ، وتغير الشكل القانوني يبقى للشركة شخصيتها الاعتبارية ، في حين تزول هذه الشخصية باندماج شركتين في شخص جديد أو باندماج إحدى شركتين مع الأخرى<sup>(٥)</sup>.

---

(٥) انظر في اندماج الشركات وتحولها وتغير شكلها القانوني .

د. محمد كامل أمين ملش : موسوعة الشركات ط ١٩٨٠ ص ٥١٧ وما بعدها .  
د. حسني المصري : المرجع السابق ، د. محمد توفيق سعودي : تغير الشكل القانوني  
للشركات ذات المسؤولية المحدودة رسالة دكتوراه جامعة القاهرة ١٩٨٨ ص ٩ وما بعدها .



## **الباب الثاني**

### **خطابات الضمان**



## ٧٣- تمهيد :

تحتل خطابات الضمان في نطاق عمليات البنوك مجالاً واسعاً ، نظراً للدور الهام الذي تلعبه في الحياة الاقتصادية ، وما تحققه لاطراف العلاقة من مصلحة ، يفيد منها البنك بما يتقاضاه من عمولة وفوائد ، ويفيد منها العميل لانه يحتفظ بنقوده ويستعير بخطاب الضمان الذي يقدمه للمستفيد ، ويفيد المستفيد عندما يكون مطمئناً بسبب ملادة مصدر الخطاب الذي يلتزم في مواجهته .

ومضمون العملية التي تنتهي باصدار خطاب الضمان عبارة عن وسيلة استقر بشأنها العرف المصرفي بنية خدمة عملاء البنوك على نحو تبقى نقودهم تحت ايديهم اذا طلب منهم تقديم ضمان نقدي لالتزامات تربت على عاتقهم في مواجهة من يتعاملون معهم .

وتبدأ عملية خطاب الضمان بعلاقة فيما بين عميل البنك وشخص آخر يسمى المستفيد عندما يطلب الأخير من العميل تقديم التامين النقدي ، إذ تنشأ الحاجة الى خطاب الضمان نتيجة اضطرار العميل المحافظة على الاموال النقدية سائلة بين يديه ، وهو لذلك لا يجد من يسعفه ويقدم له الخدمة التي تكون بديلاً مقبولاً عن التامين النقدي سوى البنك ، فيسعى له ليبرم معه عقداً باعتماد مالي يتضمن اصدار خطاب الضمان .

وهكذا يبدأ البنك قبل ابرام العقد بالدراسة اللازمة حتى اذا قبل طلب العميل يصدر الخطاب بالشروط التي حددها العميل وفق طلب المستفيد ، لان الأخير يطلب من العميل ان يقدم خطاب الضمان بالشروط التي يرى انها كافية لضمان التزام العميل .

وبناء على ذلك يتعهد البنك مستقلاً عن العميل في مواجهة المستفيد ان يدفع للأخير مبلغاً نقدياً عند أول طلب منه دون أية معارضة خلال فترة محددة .

وعملية اصدار خطاب الضمان تمر بمرحلتين :

**الأولى** - عقد الأساس فيما بين المستفيد والعميل والذي يرتب على عاتق الأخير تقديم التأمين النقدي بناء على طلب المستفيد ضماناً للالتزام الذي ترتب على عاتقه كإثر للمقد .

**الثانية** - عقد الاعتماد المالي بالضمان الذي يبرمه البنك والعميل والذي يلتزم بموجبه البنك تقديم ضمانه عن طريق اعارة توقيعه باصدار خطاب لصالح المستفيد الذي يعينه العميل .

وهذه المرحلة تبدأ بدراسة يقوم بها البنك للطلب ، ويقرر نتيجة لا تقتضيه ظروف التعامل واثمان العميل واعتباره الشخصي اصدار الخطاب بحيث يوجهه الى المستفيد مباشرة أو يسلمه الى العميل لتقديمه للمستفيد ، ويتضمن هذا الخطاب تمهيداً من البنك ان يدفع للمستفيد مبلغاً معيناً من النقود اذا طلب منه ذلك خلال فترة محددة (١) .

اذن خطاب الضمان مجرد توقيع يضعه البنك على صك يصدر عنه بناء على طلب عميله ليحل محل التأمين النقدي الذي التزم العميل تقديمه الى شخص آخر في مجال معين ، كالمقاولات والتعهدات والاستيراد والتصدير وعقود التوريد والتخليص والجمارك وغيرها .

وخطاب الضمان كواحدة من العمليات التي تؤديها البنوك خدمة لعملائها ، ينطوي على مخاطر كبيرة مردها اخلال العميل في تنفيذ التزامه بدفع قيمتها اذا ما دفعها البنك للمستفيد ، ذلك انه من الجائز ان يرجع البنك على عميله بعد ان يفي للمستفيد قيمة الخطاب فلا يجد لديه ما يفي بدينه ، لذلك فان البنك يحتاط لكثير من المخاطر التي اكتشفت ، على نحو يضع كل المخاطر في حسابه قبل ان يصدر خطاب الضمان .

اما عن الأساس القانوني والنظم الذي تحكم قواعده اطراف خطابات الضمان والتزاماتهم فسنجد ان هذه الخطابات ليست الا صورة للكفالة

---

(١) خطاب الضمان وسيلة ضمان يختلف عن الأوراق التجارية في انه ليس اداة وفاء ولا اداة ضمان .

المصرفية ابتدعتها العقلية المتطورة للمصارف بغية تيسير العمل في العلاقات التجارية ، بما في ذلك تحقيق الفوائد التي تتوخاها من هذه العملية .

وصنوى انه مع تزايد العمليات التجارية وتطورها وما استتبع من تزايد الاخطار الناتجة عن الامتناع عن تنفيذ العقود ، باتت الحاجة ملحة الى ابتداع وسيلة تضمن اخطار عدم التنفيذ بمناه الواسع ، والتي لا تقتصر على التنفيذ الجزئي أو الكلي للعقد ، بل التأخر في التنفيذ والصيوب التي تشوبه ، والنتيجة الخاسرة التي يمتنى بها المتعاقد بسبب عجز المتعاقد الآخر ، وعدم رد المبالغ المدفوعة وما الى ذلك .

وهكذا كانت الوسيلة التي تضمن المخاطر الناتجة عن العلاقات التعاقدية وهي احدى صور الكفالة المصرفية ، وهذه الصورة هي خطابات الضمان التي يصدرها البنك وفق الشروط التي سنتصدي لها بالحدوث ، والتي دعت اليها ضرورة وجود ضمانات لازمة وملازمة للتجارة المولوية وأيضاً الداخلية على نحو تقوم مقام التأمين ضد المخاطر المحتملة بحيث تحقق مزايا لاطراف العمليات التجارية .

ويصد العرف المصرفي المصدر الرئيسي لخطابات الضمان وادي الاستقرار في التعامل المصرفي الى توجه بعض الدول الى تقنين أحكامه (٢) .

وفكرة خطابات الضمان مستمدة أساساً من الالتزام الذي يترتب نتيجة تصرف قانوني يصدر عن ارادة حرة غير مشوبه بأي عيب ، على أساس ان هذه الخطابات تمثل بالنسبة للبنك صورة من صور اقراض التوقيع يؤدي الى ان يكفل عميله في مواجهة الغير بالخطاب الذي يرسله اليه ، أو بعقد مستقل ، أو بالتوقيع كضامن ، أو بآية طريقة أخرى تتناسب مع العملية التي يضمنها (٣) .

(٢) راجع د. حياة شحاته : مخاطر الائتمان في البنوك التجارية . رسالة دكتوراه . جامعة

القاهرة ١٩٨٩ ص ٢٨٨ وما يليها .

(٣) انظر د. علي البارودي : المرجع السابق ص ٣٩٧ .

وتبدو أهمية خطابات الضمان في مجال العمليات التجارية كبيرة .  
لأنها تبث الثقة بين المتعاملين وتساعد على تنفيذ العمليات الناشئة عن  
العقود .

كما تبرز أهمية الضمان بصفة خاصة في الحالات التي يكون فيها  
هذا الضمان مطلوباً من جهة إدارية أعمالاً لنصوص القانون أو النظام .  
إذ هي تقوم مقام النقود على نحو يكون الخطاب بديلاً عن ايداع مبلغ  
نقدي كتأمين<sup>(٤)</sup> ، لأن توقيع البنك يرتب للمستفيد المزايا التي يحققها  
دفع مبلغ نقدي له مقدماً من خزينة البنك دون أن يلزم إلى هذا الدفع  
استناداً إلى مركزه وسمته المالية<sup>(٥)</sup> .

وخطابات الضمان بخصائصها التي سيأتي ذكرها تقوم بدور هام في  
الحياة الاقتصادية ، ذلك أنها تحل محل التأمين النقدي ضمن نطاق  
العقود والإشغال العامة والاستيراد والتصدير والبيع الدولي ومجالات  
أخرى كثيرة .

وحالات استخدام خطابات الضمان تمثل وظيفة ذات نفع كبير في  
مجال الحياة العملية والتجارية بحسبان هذه الخطابات البديل الذي يحل  
محل التأمين النقدي الذي كان يتمين على المدين (الملتزم) أن يستوعده  
دائنه ضماناً لحقوق هذا الأخير .

وبهذه الخاصية تعبر خطابات عن إرادة أطرافها بما يعني أن أحد  
الأطراف وهو العميل سعى إلى إبراهيم عقد مع طرف آخر هو البنك  
الذي يتعامل معه بحيث كانت آثار العقد صدور خطاب الضمان ليحل  
محل التأمين النقدي الذي كان يتمين على العميل دفعه إلى شخص ثالث  
هو المستفيد .

وهذا الحلول لخطاب الضمان محل النقود يمكن العميل من الاحتفاظ  
بنقوده تحت يده بدلاً من تجميدها كوديعة لدى المستفيد<sup>(٦)</sup> .

(٤) د . محمد الشحات الجندي : فقه التعامل المالي والمصرفي الحديث ط ١٩٨٩ ص ١٥٦ .

(٥) د . سميحة القليوبي : النظام القانوني لخطابات الضمان المصرفية . بحث منشور في  
مجلة القانون والاقتصاد . المجلد الأول والثاني ١٩٧٢ ص ١ .

(٦) انظر د . علي جمال الدين عوض : خطابات الضمان المصرفية . ط ١٩٩١ ص ١٢ .

ولأهمية خطابات الضمان المصرفية ودورها في الحياة الاقتصادية وضرورة تمييزها عن الكفالة التي تعد إحدى صورها ، رأينا ان نفرد لها مجالا" خاصاً في نطاق هذه الدراسة نميز بينها وبين الكفالة المصرفية وبينها وبين ما يمكن ان يشتمله بها وسنحاول التعريف بخطابات الضمان وبيان ماهيتها وأنواعها وآثارها وانقضاء الالتزام الناشيء عنها في الفصول التالية :

الفصل الأول - ماهية خطابات الضمان المصرفية •

الفصل الثاني - أنواع خطابات الضمان المصرفية •

الفصل الثالث - آثار خطابات الضمان المصرفية •

الفصل الرابع - انقضاء الالتزام في خطابات الضمان المصرفية •

## الفصل الأول

### ماهية خطابات الضمان المصرفية

٧٤- ليس هناك شكل معين لخطاب الضمان ، وهو عبارة عن محرر مكتوب يصدره بنك أو مؤسسة مالية أو شركة تأمين ويوجه هذا المحرر إلى شخص مقصود هو في الغالب صاحب المقاوله ، ويسمى المستفيد ، ويتضمن التزام مصدرة بدفع مبلغ معين من النقود في فترة محددة .

ويقوم الشخص المضمون بتقديم الخطاب إلى المستفيد بحيث يصبح من حق الأخير الرجوع على مصدرة الذي يعتبر بموجبه ملتزماً بالوفاء في حدود قيمته (١) .

وماهية الشيء تعني أساسه وتكوينه ونشأته وتطوره وتعريفه وكل ما يلقى عليه الضوء لبيان حقيقته ، وماهية خطابات الضمان تعني مفهومها وتعريفها ووظيفتها الأساسية ورأي الفقه والقضاء والتشريع فيها ، كما تعني الأساس القانوني من حيث تكييفها والنظام القانوني الذي يحكمها وأطرافها والعلاقة التي كانت هذه الخطابات أثراً لها (٢) .

---

(١) انظر د. علي المريف : شرح القانون التجاري ، الجزء الأول ، ط ١٩٥٩ ص ٤٤٦ .

(٢) نهر إلى مجموعة من الفقهاء الذين ناقشوا خطابات الضمان في مؤلفاتهم :

د. علي جمال الدين عوض : خطابات الضمان المصرفية ط ١٩٩١ ، عمليات البنوك

من الوجهة القانونية ط ١٩٨٩ .

د. محي الدين اسماعيل علم الدين : موسوعة أعمال البنوك ط ١٩٨٧ .

د. محمود سمير الشرفاوي : القانون التجاري ، الجزء الثاني ، ط ١٩٨٤ .

د. سميرة القلوبوي : النظام القانوني لخطابات الضمان المصرفية ، مجلة القانون

والاقتصاد ، السنة الثانية والإربون عام ١٩٧٢ .

د. رضا عبيد : القانون التجاري ط ١٩٨٧ .



وسنناقش ماهية خطابات الضمان المصرفية في المباحث الثلاثة التالية :

**المبحث الأول - مفهوم خطابات الضمان المصرفية وتعريفها ووظيفتها الأساسية .**

**المبحث الثاني - موقف الفقه والقضاء والتشريع من خطابات الضمان المصرفية .**

**المبحث الثالث - الأساس القانوني لخطابات الضمان المصرفية .**

---

د<sup>٥</sup> بفراني نجاة : الائتمان المصرفي بطريق التوقيع ، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة

١٩٨٧ .

د<sup>٥</sup> حياء شحاته : مغاطر الائتمان في البنوك التجارية ، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة

١٩٨٩ .

## المبحث الأول

### مفهوم خطابات الضمان المصرفية

٧٥- ان التعريف بخطابات الضمان وبيان وظيفتها وأهميتها الاقتصادية يؤدي الى بيان المفهوم لهذه العملية المستحدثة من بين عمليات البنوك ، ولا نتصدى لتعريف خطابات الضمان أو بيان وظيفتها قبل ان نوضح الطريقة التي يتم بها اصدارها ، ذلك لأن بيانات ماهية الخطابات وتوضيح مفهومها يمكننا من التعريف بها وبيان وظائفها وأهميتها .

وخطابات الضمان ظهرت في نطاق عمليات البنوك من خلال ممارسات لأنواع جديدة من الضمانات التي تقدمها هذه البنوك لعملائها الى جانب الكفالات المصرفية التي تحتل مكاناً بارزاً ومجالاً واسعاً بين هذه العمليات .

ومن أنواع العمليات المصرفية ما سماه البعض خطاب الضمان (Lettre de garantie) أو الضمان المستقل (La garantie indépendante) أو الضمان المجرد (La garantie abstrait) أو الضمان الواجب الدفع لدى أول مطالبة .

وهذا النوع من العمليات البنكية هو موضوع حديثنا في هذه الدراسة وهو ما اصطلمنا تسميته - خطاب الضمان - لذا نناقش في المطالب الثلاثة التالية مدلول خطابات الضمان والتعريف بها وأهميتها وبيان وظيفتها .

## المطلب الأول

### مدلول خطابات الضمان المصرفية

٧٦- استعمل لفظ الكفالة المصرفية للدلالة على مضمون خطاب الضمان وفق التعريف الذي سياتي الحديث عنه ، وورد في قرار لمحكمة التمييز انه اذا ورد في بنود عقد الشروط العامة للكفالات الموقع من الشركة المصدرة والبنك المدعي عليه ان الطرفين المتعاقدين قد ارتضيا بان يدفع البنك قيمة الكفالة الى الجهة المكفول لها بمجرد طلبها ذلك دون ان يكون ملزماً قبل ذلك بالتحقق فيما اذا كانت قيمة الكفالة مشفولة بها ذمة الشركة أم لا ، فان ما ورد في هذا البند يعتبر ملزماً للطرفين المتعاقدين تطبيقاً لقاعدة ( المقعد شريعة المتعاقدين ) عملاً بأحكام المادة ١٧٤ من قانون أصول المحاكمات الحقوقية(١) .

وتطبيقاً لذلك لا يلزم مصدر الخطاب بالتحقق من اخلال الجهة المكفول لها بالعقد كي يتبين ما اذا كانت الجهة المكفول لها تستحق قيمة الكفالة أم لا ، وان مجرد طلب الجهة المكفول لها لقيمة الكفالة منه تجعله ملزماً بدفعها اليه رغم أية معارضة من المكفول ما دام ان الطلب تقدمت به الجهة المكفول لها قبل انقضاء مدة الكفالة(٢) .

وهناك توجه لدى المحاكم باستعمال لفظ خطاب الضمان للدلالة على صورة من صور الكفالة المصرفية وأمكن الاستدلال على هذا التوجه من مناقشة القضاء للعلاقة القانونية فيما بين مصدر الخطاب والمستفيد بعيداً عن علاقة الأول بميله(٣) .

(١) انظر تمييز حقوق رقم ٧٥/١٢ مجلة نقابة المحامين السنة ٢٣ عام ١٩٧٥ ص ١٢١٤ .

(٢) انظر تمييز حقوق ٧٥/١٢ المرجع السابق .

(٣) انظر تمييز حقوق ٨٩/١٠٣٨ مجلة نقابة المحامين السنة ٣٩ ص ١٣٥٣ و تمييز حقوق ٨٩/١٠٦٠ مجلة نقابة المحامين السنة ٣٩ ص ١٣٧٩ .

وهكذا يمكن توضيح مدلول خطاب الضمان ومفهومه من خلال أمثلة كثيرة نسوقها ، ذلك ان هذه العملية تختلف عن غيرها من العمليات التي يقوم بها البنك كأن يقرض العميل نقوداً أو يفتح له اعتماداً يسحب منه الى حد متفق عليه معين أو قابل للتميين ، ووجه الاختلاف ان خطابات الضمان لا يقدم بموجبها البنك نقوداً للعميل ولا يضع تحت تصرفه هذه النقود يسحبها وقت يشاء ، انما يتمهد ان يدفع الى شخص يمينه العميل مبلغاً معيناً أو قابلاً للتمين عند طلب ذلك الشخص .

- يستعمل خطاب الضمان غالباً بمناسبة المطاءات الحكومية وذلك عندما تشترط التلميحات ان على من يرسو عليه العطاء ان يقدم خطاب ضمان من أحد البنوك أو تأميناً نقدياً (٤) .

- يستعمل خطاب الضمان بمناسبة عملية استيراد بضاعة من الخارج ، وبهذه الحالة يقترون بفتح الاعتماد المستندي ، ويكون ذلك عندما يطلب البائع (المصدر) فتح اعتماد بضمن البضاعة .

- يستعمل خطاب الضمان عندما يطلب الموكل من الوكيل بالعمولة ان يقدم خطاب ضمان بقيمة البضائع التي وكله ببيعها لحسابه .

- يستعمل خطاب الضمان كذلك تأميناً للدفعة الأولى التي يقدمها صاحب العمل الى المقاول .

هذه الأمثلة ومثلها تطبيقات سنورد الكثير منها في سياق الحديث عند بحث نطاق أوجه استخدام خطابات الضمان (٥) ، لذلك نجد ان اصطلاح

(٤) انظر د. محمود سمير الشراقي : المرجع السابق ط ٥٦٥ .

(٥) انظر د. علي جمال الدين عوفى : خطابات الضمان المصرفية ط ١٩٩١ ص ٨ .  
وأورد قول أحد الفقهاء الأجانب كما يلي : « وفي الماضي كان المشترون يتطلبون دفع تأمين نقدي أو تكون من أوراق مالية تضمن لهم استرداد الدفقات المقدمة أو دفع التكميضي وكانت هذه التأمينات تضمنهم حيث ان لهم حيازتها بالفضل ليستضمن قرار انفرادي منهم يستطيعون ان يمتلكوها ولا يكون أمام البائع الا ان يطلب استردادها قضاء » .

خطاب الضمان أصبح شائعاً في منطقة واسعة في العالم وقتنته بمضى  
التشريعات<sup>(٦)</sup> وناقشته أحكام قضائية كثيرة في فرنسا ومصر والأردن<sup>(٧)</sup> .

---

(٦) انظر القانون التجاري المراقي ، والكويتي ، والقواعد الموحدة لضوابط الضمان والمدة  
من قبل غرفة التجارة الدولية .

(٧) يطلق على خطاب الضمان اصطلاح الضمان التعاقدية (La garantie Contractuelle)  
أو الضمان التلقائي (La garantie automatique) وانظر د<sup>١</sup> علي جمال الدين  
موسى : عمليات البنوك ، المرجع السابق ود<sup>٢</sup> علي الجارودي : العقود وصلايات  
البنوك التجارية ص ٢٩٣ ود<sup>٣</sup> محمود سمير الشرفاوي : القانون التجاري . الجزء  
الثاني ط ١٩٨١ ص ٥٦٥ ويقول « يعتبر البنك كتيلاً عن الممبل في تنفيذ التزامه  
وتعتبر هذه الكفالة المصرفية من نوع خاص وتخضع لاحكام قانونية خاصة استقر عليها  
العرف المصرفي » .

## المطلب الثاني

### تعريف خطابات الضمان المصرفية

٧٧- ان الجدل الكبير حول خطابات الضمان والاختلاف بشأنها والذي احتدم في مطلع الستينات كان من أسبابه قلة الابحاث التي تصدت لهذا الموضوع والتي كانت موجزة الى درجة ان الباحثين كانوا يحيلون ما يتعلق به الى أحكام الكفالة كما وردت في القانون المدني ، والقليل من هؤلاء الباحثين تعرض لمناقشة عمليات البنوك وعرض لخطابات الضمان على نحو أوضح ماهيتها وقرر بالنتيجة انها صورة من صور الكفالة وتخضع لاحكامها (١) .

ونتيجة لزيادة حجم التعامل في خطابات الضمان وزيادة استعمالها سواء لتقديمها لموائر الدولة في عقود المقاولات والمطامات أو لفياات الاستيراد والتصدير ، بات من الضروري ايلاء هذا الموضوع الأهمية اللازمة ، وائر ذلك بدأ الفقه يميز بين خطابات الضمان وبين الكفالة بان الأولى صورة للثانية وتختلف عنها في ان مصدر الخطاب والأمر متضامنان (٢) .

ونحن اذا نتجه مع الذين اعتبروا خطابات الضمان صورة للكفالة المصرفية فاننا نود ان نذكر ان من الجائز ان يتخذ عقد القرض صورة

(١) انظر

Georgers Repert : traite élémentaire de droit Commercial.  
٩ édit. no 2188.

Henry, terred et Henri le jeune : traite des operations commerciales  
panque; P 435.

Jacques Ferronniere : les operations de banque 1958 on 815.

(٢) انظر د. أحمد الميمني وفاروق غلاب : خطابات الضمان والكفالات المصرفية . بحث منشور في كتاب مؤتمر المحامين العرب السادس ١٩٦١ ص ٥٩ وما بعدها .

انظر د. علي جمال الدين عوض : خطابات الضمان . المرجع السابق . ص ٥ . ويقول  
« وقد ظهر الضمان المستقل في مصر تشريعيا لأول مرة في لائحة المناقصات والمزايدات  
الصادرة بقرار وزارة المالية رقم ٤٥٢ لسنة ١٩٥٢ والقانون ٤٣٦ لسنة ١٩٥٤ » .

مختلفة غير صورته المألوفة ، كما هو الشأن في عقد الخصم ، وفتح الاعتماد ، وخطابات الضمان باعتبار ان عقد القرض يجمع بينها كلها تحت وصف التسهيلات المصرفية<sup>(٣)</sup> .

وهكذا فان خطابات الضمان كنظام نشأ بمناى عن المشرع لا بد ان يجد مكانه في النظام القانوني سواء أوجد هذا النظام المشرع أم القضاء أم الفقه ، ذلك لان الحاجة التي دفعت المصارف لابتداع فكرة خطابات الضمان المصرفية هي ذات الحاجة التي طلّت تدفع المهتمين لدعم هذه الفكرة وتطورها<sup>(٤)</sup> وسيكون المشرع مضطراً لرد هذه الفكرة الى أصلها من الناحية القانونية ، حتى اذا لم يفعل قام القضاء والفقه بهذا الدور .

وعلى ذلك يمكن الوصول الى تعريف خطابات الضمان من خلال توضيح خصائصها وعناصرها واستعراض بعض التعريفات التي ساقها بعض الفقهاء والتي وردت في بعض القوانين .

وتظهر خصائص خطابات الضمان المصرفية في كونها مستقلة عن أصل العلاقة التي كانت سبب وجودها ، وهذا يعني انه اذا كان الأمر بإصدار خطاب الضمان مرتبطاً بعلاقة قانونية وهذه العلاقة هي التي التزم على أساسها ان يطلب من البنك الذي يتعامل معه اصدار خطاب الضمان لصالح من يرتبط معه ، فان التزام البنك في مواجهة المستفيد من هذا الخطاب تكون مستقلة عن علاقة الأمر بهذا المستفيد ، ومن خصائص هذه الخطابات كذلك انها واجبة الدفع عند أول طلب دون حاجة الى الرجوع الى العميل الأمر .

اما عناصر خطابات الضمان المصرفية فهي بالإضافة الى الأشخاص الأمر (العميل) والبنك والمستفيد فهناك السبب الذي من أجله صدر الخطاب ( العلاقة القانونية ) وهناك المدة التي يلتزم مصدر الخطاب خلالها ، ومقدار المبلغ الذي تمهده وقامه ، وعدم تمليق الوفاء على شرط .

(٣) انظر نقض مصري • المعلن رقم ٤١٢ • السنة ٣٥ ق جلسة ١٢/٣٠/١٩٦٩ • السنة ٢٠ ص ١٣٦٣ • مقدار اليه في د • أحمد حسني : قضاء النقض التجاري • ط ١٩٨٢ ص ٢٢٠

(٤) د • علي جمال الدين عوض : خطابات الضمان • المرجع السابق ص ٣ .

واستمان الفقه والقضاء بهذه الخصائص والعناصر وحاول المهتمون وضع تعريف لخطاب الضمان على أنه « تعهد مصرفي لدفع مبلغ نقدي لدى أول طالب من المستفيد بالتطبيق لنصوص التعهد دون إمكان التمسك بأي دفع من عقد الأساس مع التحفظ بالنسبة لحالة الفسخ » .

كما عرّفه البعض الآخر بأنه « تعهد كتابي صادر عن البنك بناء على طلب عميله يلتزم فيه لصالح هذا العميل في مواجهة شخص ثالث هو المستفيد بأن يدفع مبلغاً معيناً إذا طلبه المستفيد خلال أجل محدد في الخطاب » (٥) وتعريف آخر بأنه « عقد كتابي بمقتضاه يتعهد البنك بكفالة أحد عملائه في حدود مبلغ معين تجاه طرف ثالث بمناسبة التزام يلقي على عاتق العميل المكفول وضامناً لوفائه تجاه ذلك الطرف » (٦) .

ويرى معظم الفقه أن خطاب الضمان مهما اختلفت صيغ وعبارات تعريفه فإنها تجتمع على أن الالتزام الناشئ عنه في ذمة البنك التزام أصيل منبت الصلة عن التزام العميل ، وعلى أساس ذلك عرف بعض الفقه خطاب الضمان بأنه « صك يصدر من البنك بناء على طلب عميله يتعهد فيه بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين خلال مدة محددة إلى المستفيد دون قيد أو شرط » (٧) كما عرّفه آخر « تعهد نهائي يصدر من البنك بناء على طلب عميله بدفع مبلغ نقدي معين أو قابل للتعيين بمجرد أن يطلب المستفيد ذلك من البنك خلال مدة محددة ودون توقف على شرط آخر » (٨) .

(٥) انظر د. محمود سمير الشرقاوي : القانون التجاري ، الجزء الثاني ، ط ١٩٨٤ .  
وراجع .

M. Dubisson; Le droit de saisir les garanties bancaires émises dans Les marches internationaux J.C.P. 1982 ed C.I. 1983.

وراجع د. يفراني نجاة : المرجع السابق ص ٥٣٥ .

(٦) انظر راضى جريس : محاضرات القاها في معهد الدراسات المصرفية المصري عام ١٩٦٠

مقيار اليه في د. سميرة القليوبي : المرجع السابق ص ١٠ .

(٧) انظر د. سميرة القليوبي : المرجع السابق ص ١١ .

(٨) انظر د. علي جمال الدين عوض : عمليات البنوك - المرجع السابق ص ٥٦٩ وما بعدها .  
وانظر د. رضا عبيد : القانون التجاري ط ١٩٨١ ص ٣٨٠ وعرّف خطاب الضمان بأنه « اتفاق بين العميل والبنك يلتزم البنك بموجبيه بالتعهد بفتح أجر بمسند مبلغ نقدي معين في خلال مدة معينة لشخص آخر يسمى المستفيد في خلال مدة معينة إذا طلب المستفيد المسند » .



ويرى بعض الفقه ان البنك يمنح توقيعه في خطابات الضمان على أساس انها صورة للتسهيلات المصرفية ، وفي ضوء ذلك ليس من التزامات البنك الوفاء بقيمة خطاب الضمان للمستفيد ، لأن توقيع البنك ذو قيمة ائتمانية يقرضها لعميله وهو لا يقوم بدفع نقود في الحال .

ويأتي اطمئنان المستفيد الى تعهد البنك بأن يدفع نقوداً بموجب خطاب الضمان مستنداً الى مركز البنك المالي وسمعته ، على أساس انه يكفي في كثير من الأحيان ان يستند العميل والمستفيد الى هذا التوقيع دون ان يؤدي ذلك الى خروج مبلغ من خزانة البنك ، ويقال في هذا الصدد ان البنك اقرض توقيعه (٩) .

وباستعراض ما سبق من التعريفات التي ساقها الفقه لخطابات الضمان وخصائص هذه الخطابات وعناصرها التي اعتمدها هذه الفقه ، نجد ان البنك لا يقدم للعميل أو المستفيد من خطاب الضمان نقوداً ولا يضع هذه النقود تحت تصرفه يأخذ منها ما يشاء ، ولا تدفع قيمته الى المستفيد في كل الأحوال ، ولا يتحمل البنك أية خسائر نتيجة دفع قيمته للمستفيد ، لانه يرجع على غطاء خطاب الضمان الذي يكون الأمر العميل قد أوجده ، ومع ذلك يقوم هذا الخطاب محل النقود ، ويتعين المطالبة بقيمته خلال وقت محدد .

وهكذا يمكن تحديد عناصر تعريف خطاب الضمان على أساس انه علاقة قانونية فيما بين مصدر الخطاب والمستفيد وان هذه العلاقة شأنها شأن كل العقود ترتب على عاتق اطرافها التزامات هي آثار تلك العلاقة ، لذلك نعرف خطاب الضمان بأنه « علاقة قانونية فيما بين البنك والمستفيد يترتب عليها التزامات على عاتق البنك يدفع مبلغ من النقود عند أول طلب خلال مدة محددة » .

---

(٩) انظر د. علي البارودي : المرجع السابق ص ٣٨٨ . وراجع د. حياة شحاته : المرجع السابق ص ٢٩٤ .

ومن هذا التعريف نقرر ان العلاقة القانونية فيما بين البنك والمستفيد مستقلة عن علاقة البنك بعميله ولو انها كانت سبباً للعلاقة فيما بين البنك والمستفيد ، وان التزامات اطراف هذه العلاقة تبدو واضحة على عاتق مصدر الخطاب كما يلي :

— يدفع مبلغ معين من النقود أو قابل للتمين •

— ان يتم الدفع عند أول طلب من المستفيد وخلال مدة محددة ، رغم معارضة الأمر •

وخلاصة ما تقدم فان علاقة البنك بعميله الأمر تبقى بعيدة كل البعد عن علاقته بالمستفيد ، على انه اذا أوفى البنك قيمة خطاب الضمان فانه يعود بما أوفى على الأمر طبقاً للعلاقة القانونية التي تربطهما (١٠) •

---

(١٠) انظر تعريفات أخرى لخطابات الضمان كمود في مجملها حول استئثار هذا الخطاب • د علي جمال الدين عوض : خطابات الضمان ، الرجوع السابق ص ٤ •

## المطلب الثالث

### أهمية خطابات الضمان المصرفية ووظيفتها

٧٨- تبدو أهمية خطابات الضمان من وظيفتها الظاهرة في مجال استعمالها ، وهذه الوظيفة هي حلول الخطاب محل النقود ويتحدد على أساسها مدى التزام البنك في مواجهة المستفيد .

أما السمات التي تتأني من خطابات الضمان فتظهر عندما يجد الشخص نفسه مضطراً الى تقديم ضمان نقدي لآخر ليمنحه هذا الأخير أجلاً للوفاء أو للتنفيذ ، ويلجأ هذا الشخص الى البنك ويرم معه عقد اعتماد بالضمان ويكون من التزامات البنك بموجب هذا الاعتماد اصدار خطاب ضمان لشخص آخر هو المستفيد ، وهذه السمات مكاسب يجنيها العميل الذي يحتفظ بنقوده ولا يجمدها ، والبنك الذي يتقاضى عمولة عن اصدار خطاب الضمان ، والمستفيد الذي يطمئن الى حسن التنفيذ أو ضمان التنفيذ وتظهر بوضوح أهمية خطابات الضمان .

ووظيفة خطابات الضمان الأساسية تكمن في جعل التزام البنك مصدر الخطاب ليس كفيلاً موسراً للمدين المكفول ، بل مدين بنفس درجة المكفول المدين الأصلي ، لأنه يضمن للمستفيد من خطاب الضمان جميع الضمانات التي يؤمنها له الحصول على تأمين نقدي (١) .

وهكذا فإنه اذا وجد خطاب الضمان ليضمن للمستفيد جدية المتقدم للمناقصات والمقاولات والمطاعات أو حسن التنفيذ أو ارجاع الدفعات

---

(١) انظر د. علي جمال الدين عوض : عمليات البنوك ، المرجع السابق ص ٣٧ ويقول « غالبية لا يضمن العميل في تنفيذ التزامه قبل الغير كما هو شأن الكفيل البادي ، بل ان كلمة البنك هنا لها معنى يحل محل النقود تماماً » وهي حلول الخطاب محل النقود تماماً كما يحل الشيك أو الورقة التجارية محل النقود في الوفاء » .

المقدمة مبلغاً ، أو أي أمر يلتزم به البنك في مواجهة المستفيد بناء على طلب عميله ، فإن من هذا الضمان تبدو أهمية خطابات الضمان واضحة جلية في أنها وسيلة حماية لأطراف العلاقة القانونية التي أنشأتها علاقة قانونية سابقة ، والعلاقة الأولى هي القائمة فيما بين البنك والمستفيد من خطاب الضمان كآثر للعلاقة الثانية القائمة فيما بين البنك والعميل من جهة والعلاقة فيما بين المستفيد والعميل من جهة أخرى .

وعلى هذا الأساس نتصور ان أحد الأشخاص التزم بموجب علاقة قانونية مع وزارة الصحة على ان يستورد من الخارج أجهزة طبية ليوردها لها ، وكان من شروط العقد ان تدفع وزارة الصحة دفعة أولى وان يقدم المتعاقد معها خطاب ضمان لضمان الدفعة الأولى ، فيلجأ ذلك الشخص الى أحد البنوك ليفتح لديه اعتماد بالضمان على أساس يصدر بموجبه البنك خطاب ضمان لصالح وزارة الصحة ، فيقوم البنك بإصدار خطاب ضمان بالشروط التي طلبها العميل والتي تعتبر التزامات على عاتقه بموجب العقد المبرم مع وزارة الصحة .

وبهذا المثال نجد ثلاث علاقات نشأت بمناسبة اصدار خطاب الضمان وهي على التوالي :

**الأولى -** العقد المبرم بين المستورد ووزارة الصحة والذي تم بموجبه تحديد التزامات طرفية ، وان المستورد ملتزم بتقديم خطاب الضمان لضمان الدفعة الأولى التي استلمها من وزارة الصحة .

**الثانية -** العقد المبرم فيما بين المستورد كعميل للبنك والبنك والذي تحدثت شروطه وفق الاعتماد الذي تم فتحه لصالح هذا المستورد ( العميل ) .

**الثالثة -** العقد المبرم فيما بين البنك والمستفيد وزارة الصحة والذي هو إحدى صور الكفالة الذي يتعهد بإيجاب الكفيل ويرتد برفض المستفيد .

وعليه يكون الدور الهام لخطابات الضمان بالنسبة لما تقوم به في الحياة الاقتصادية ، وانها تحل محل النقود ، وهو ما ينتج عنه فائدة لأطراف العملية ( العميل أو المورد والمستفيد والبنك ) فالعميل يستثمر قيمة التأمين النقدي بعدم تجميده ، والمستفيد يطمئن الى الوفاء والتنفيذ ، والبنك يحصل على العمولة (٢) .

---

(٢) على الرغم ان خطاب الضمان يقوم مقام النقود وله الخصيصة تماثل بها الأوراق التجارية ، الا انه لا يعتبر أداة وفاء كالضيك أو الأوراق التجارية الأخرى مستحقة الدفع ، بل يبقى أداة ضمان .

انظر في ذلك د. سميرة القليوبي : المرجع السابق ص ٣٠ وراجع د. علي جمال الدين عوض : صلبات البنوك ، المرجع السابق ص ٥٧٣ ويقول « الضلاب ليس ورقة تجارية » .

## المبحث الثاني

### موقف الفقه والقضاء والتشريع

#### من خطابات الضمان المصرفية

٧٩- نستعرض في هذا المبحث آراء الفقه وأحكام القضاء ونصوص القانون التي تصدت بالحديث عن خطابات الضمان ، ونبدأ بآراء الفقه بسبب ان الكثير من النظم التجارية تنشأ بعميداً عن متناول يد المشرع على أساس ان الحاجة العملية دفعت اليها قبل ان يحاول الفقه تقصي أساسها القانوني في النظريات المختلفة .

كما نستعرض الدور الخلاق للقضاء الذي يرد النظم غير المقننة الى أساس قانوني بعد ان يكيف وقائعها من خلال عملية استقراء واستدلال ضمن نطاق المنطق القضائي ، وننتصلي الى التشريعات ودورها في تقنين القواعد التي تنظم العلاقات بين الأشخاص .

وفي هذه الدراسة نناقش بعض التشريعات التي تضمنت أحكاماً لخطابات الضمان مثل قانون التجارة الكويتي<sup>(١)</sup> وقانون التجارة العراقي<sup>(٢)</sup> وقانون التجارة العماني<sup>(٣)</sup> ، ومشروع قانون التجارة المصري<sup>(٤)</sup> ، ومشروع القواعد الموحدة لخطابات الضمان كما أعدته غرفة التجارة الدولية في باريس<sup>(٥)</sup> .

(١) انظر قانون التجارة الكويتي الصادر بالمرسوم رقم ٦٨ لسنة ١٩٨٠ ونظم أحكام خطابات الضمان بالمراد ٣٨٢ - ٣٨٧ .

(٢) انظر قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ ونظم أحكام خطابات الضمان بالمراد ٢٨٥ - ٢٩٣ .

(٣) انظر قانون التجارة العماني الصادر بالمرسوم رقم ٥٥ لسنة ١٩٩٠ ونظم أحكام خطابات الضمان بالمراد ٣٩٢ - ٣٩٧ .

(٤) انظر بشأن مشروع قانون التجارة المصري الذي أعد عام ١٩٦٤ د . بشراوي نجاة : المرجع السابق ص ٥٧١ .

(٥) انظر بشأن مشروع القواعد الموحدة لخطابات الضمان الصادر عن غرفة التجارة الدولية د . علي جمال الدين عوض : عمليات البتوك ، المرجع السابق ص ٦٣٦ . وانظر نصوص المشروع باللغتين الإنجليزية والعربية د . محي الدين اسماعيل علم الدين : المرجع السابق ص ٧٠٩ وما بعدها .

## المطلب الأول

### موقف الفقه من خطابات الضمان المصرفية

٨٠- يكاد الاجماع ينعقد بين الفقهاء على ان العرف المصرفي ابتدع صورة جديدة للكفالة المصرفية سميت بتسميات مختلفة من بينها خطاب الضمان ، ورغم الاختلاف فيما بينهم على تسمية هذه الصورة ، فانهم متفقون على ان لها خصائص تتميز بها عن الكفالة المصرفية كأصل لها ، على نحو تختلف في أحكامها عن أحكام الكفالة ولا تخضع لذات القواعد<sup>(١)</sup> .

هذا وإن الفقهاء الذين اعترفوا بوجود هذه الصورة للكفالة المصرفية «خطاب الضمان» عرفوها تعريفات تؤدي الى ان هذه الصورة ذات خصائص تتميز بها عن الكفالة المصرفية ومن هذه الخصائص وأهمها ، ان تعهد البنك مستقل عن عقد الأساس الذي كان سببه ، وهو ما يعني ان هذا الخطاب مستقل لا يستطيع البنك الضامن ان يدفع في مواجهة المستفيد بأي دفع مستمد من عقد الأساس المبرم بين العميل والمستفيد<sup>(٢)</sup> .

أما البعض الآخر من الفقه فقد ابقى تعهد البنك بدفع مبلغ من النقود بكل صورة واشكاله في إطار الكفالة مستخدمين لفظ كفالة أثناء حديثهم عن الضمان<sup>(٣)</sup> .

---

(١) ذهب الفقه في مصر الى تسمية هذه الصورة (خطاب الضمان *Lettre de garantie*) وسماعا بعض الفقه في فرنسا (الضمان المستقل *La garantie inde pendante*) والبعض الآخر (الضمان المجرد *La garantie abstraite*) وغيرهم الضمان الواجب الدفع لدى أول مطالبة (*La garantie à Première demande*) أو الضمان التلقائي (*La garantie automatique*)

انظر في لك د. بقراني نجات : المرجع السابق ص ٣٦٠ .

(٢) انظر ذلك د. علي جمال الدين عوض : خطابات الضمان المصرفية - المرجع السابق ص ٤ وما بعدها . عمليات البنوك من الوجهة القانونية - المرجع السابق ص ٥٨٥ . د. بقراني نجات : المرجع السابق ص ٣٢٢ وما بعدها .

(٣) انظر د. علي البارودي : العقود وعمليات البنوك التجارية ص ٣٩٩ . د. محمود مسيح الشرفاوي : المرجع السابق ص ٥٦٥ ويقول « يعتبر البنك كفيلا عن العميل في »

وهناك آخرون خلطوا فيما بين الكفالة المصرفية وخطابات الضمان بحيث ميزوا بينهما على أساس ان خطابات الضمان هي احدى صور الكفالة المصرفية التي تمنح من البنك للمستفيد بناء على طلب عميله في حالة غياب سند الشحن<sup>(٤)</sup> كما ان البعض الآخر خلط فيما بين خطاب الضمان كصورة للكفالة المصرفية وبين عمليات مصرفية اخرى ، كضمان تأمين الضمان ، والاعتماد المستندي المؤيد وضمان تأمين الوفاء بالكمبيالات المستندية<sup>(٥)</sup> .

وبفضلًا عن ذلك فان هناك خلطًا كبيراً فيما بين الكفالة المصرفية وخطابات الضمان وصل في بعض الحالات الى اطلاق تسمية خطاب الضمان على الكفالة المصرفية .

== تنفيذ التزامه ، وتعتبر هذه الكفالة المصرفية من نوع خاص وتخضع لاحكام قانونية خاصة استقر عليها الصرف المصرفي « . وقارن د . اهورا عيد : العقود التجارية وعمليات الحصارف ط ١٩٦٨ ص ٥٦٢ ويرى ان خطاب الضمان عبارة عن كفالة يخضع اطرافها للقواعد العامة في القانون المدني ويقول انها كفالة تضامنية في حال وجود نص على ذلك في خطاب الضمان أو اذا تطلعت بالتزام تجاري « وقرب د . مصطفى كمال طه : الوجيز في القانون التجاري ط ١٩٧٢ ص ٤٢٦ . وذهب الى القول ان الكفالة المصرفية تقع بخطاب يوجهه البنك الى دائن العميل يضمن فيه تنفيذ العميل لالتزاماته ويسمى بخطاب الضمان (Lettre de garantie) . ويرى كذلك ان هذه العملية تخضع لقواعد القانون المدني المتصلة بالكفالة وانها تضامنية عملاً بقاعدة التراض التضامن في المواد التجارية .

(٤) سميت هذه الصورة للكفالة المصرفية ( الكفالة الملاحية ) وفق الصرف المصرفي في المغرب ، وذهب الى ذلك د . مصطفى كمال طه : عندما عرف خطاب الضمان بقوله « ان خطاب الضمان هو الخطاب الذي يسلم من الشاحن الناقل نظير سند شحن نظيف خال من التغطيات . بحيث منشور في مجلة المحاماة المصرية العدد الثالث السنة ٤٧ ، ١٩٦٦ من تشرين ثاني ص ٢٢٦ .

(٥) الطر

Charles Bon Laux : Les garanties bancaires dans Le Commerce International Rev, Banque Feb. 1982, no 414, P. 172.

ويسمى الانجليز عن خطاب الضمان بلفظ (Indemnity) ويسمى عنه الامريكان بلفظ (Performance bond.) ويقول الدكتور علي جمال الدين عوض : « ان اول من كتب في خطاب الضمان وصفه مستقلاً عن الدين المضمون الاستاذان جاكلما وستولبيه « عمليات البنوك ، المرجع السابق ص ٥٨٨ هامش ٢٢ .



ونحن ننبه الى خطورة هذا الخلط الذي يحاول البعض ايجاد أساسه  
للتمويه بفرض فرض صعوبة في التمييز فيما بين الكفالة المصرفية وصورتها  
المتشابهة بخطاب الضمان ، وتبدو خطورة ذلك في ان مضمون الكفالة بدأ  
يتلاشى من البنوك التي تصدرها البنوك ليحل محلها مضمون خطاب  
الضمان على نحو لم يبق من الكفالة سوى العنوان الذي يدون في أعلى  
الصك \*

وهناك الكثير من الحالات التي يعبر عنها الصك الصادر من البنك  
بانها خطاب ضمان هي في حقيقتها كفالة ، كتلك التي يصدرها البنك  
لصالح الجمارك قبل وصول سندات الشحن الخاصة بها (٦) أو التي  
يصدرها البنك لضمان حسن سلوك شخص أجنبي دخل البلاد (٧) .

وهكذا فانه بالرغم من ان الفقه الفرنسي يرى ان دور البنك في  
خطاب الضمان هو دور الكفيل ، فان ذلك لا يؤثر في طبيعة خطاب  
الضمان واختلافه عن الكفالة المصرفية وغيرها من عمليات البنوك بما  
يمتاز به من خصائص ، كما لا تؤثر أوجه الشبه بين الخطاب وغيره  
من عمليات البنوك في ان هذا الخطاب يرتب بذمة البنك التزاماً مستقلاً  
عن التزام المدين في مواجهة المستفيد ، وهذا الالتزام يجعل البنك مديناً  
للمستفيد .

ويترتب على ذلك ان المستفيد من خطاب الضمان لا يجبر  
على تعقب المدين الأصلي ، وهو ان بقي على خياره في الرجوع على البنك  
أو المدين الأصلي ، فذلك لا يغير من طبيعة الخطاب ، لان خيار المستفيد  
في الرجوع على البنك أساسه تعهد البنك بموجب الخطاب في حين نجد  
أساس خيار المستفيد في الرجوع على المدين في التزام المدين في مواجهة  
ذلك المستفيد .

(٦) تصدر البنوك هذه الكفالة ضماناً لما قد تحصله الجمارك بسبب تسليم البضاعة  
للشخص الكفول .

(٧) ان التعهد الذي يصدر عن البنك لضمان حسن سلوك شخص أجنبي يعتبر كفالة  
مصرفية وليس خطاب ضمان لان التزام البنك في هذه الحالة كفالة عادية لا تمتاز  
بخصائص خطاب الضمان . انظر د. علي جمال الدين عوض : عمليات البنوك ،  
المراجع السابق ص ٤٩٨ . د. مراد مثير فهمي : القانون التجاري . العقود التجارية  
وعمليات البنوك ط ١٩٨٢ ص ٣٦٨ هامش ١٥ .

ولجهة موقف الفقه من صحة الخطاب فكان التساؤل حول مدى تعارض إصدار الخطاب مع المبادئ العامة للقانون ، فمن جهة قيل « كيف يلتزم البنك وفاء دين غير موجود لدى أول مطالبة تصدر اليه من المستفيد رغم ممارسة المدين » ، ومن جهة أخرى قيل « ان خطاب الضمان كتصرف قانوني لا بد ان تتوافر فيه الشروط الموضوعية ومن بين هذه الشروط السبب » وان الخطاب يخلو من السبب بما يجعل تصرف البنك غير صحيح .

ورأي القائلون بذلك عدم صحة خطاب الضمان لعدم وجود السبب لالتزام البنك ، ومرد ذلك كما يقولون ، ان التسليم باستقلال التزام البنك عن التزام المدين الذي كان سببه ، يجعل التزام البنك بخطاب الضمان بدون سبب ، واذا انعكست الصورة بحيث يبقى التزام البنك في الخطاب تابعا لالتزام المدين فان ذلك يجعل هذه الصورة كفالة مصرفية (٨) .

وفيما يتعلق بالتساؤل لجهة « كيف يلتزم البنك وفاء دين غير موجود ولدى أول مطالبة ٠٠٠ الخ » فالرد على ذلك ان البنك الذي يدفع ما تمهد وفاءه للمستفيد بموجب التمهيد الصادر عنه في خطاب الضمان سواء كان الوفاء ككفيل أو ككاتب عن المدين أو على أساس القرض أو الاشتراط لمصلحة الغير ، فانه يعود بما وفى على المدين الأصلي وان الأخير اذا كان وفاؤه للبنك بدون وجه حق فيرجع على المستفيد الذي قبض قيمة الخطاب من البنك .

وأهمية خطاب الضمان بخصائصه التي ستوردها تجسد رغبة اطرافه في التعامل على أساسه بحيث يطمئن المستفيد ان البنك سيدفع قيمته دون عناء أو ماطلة ، خاصة اذا عارض المدين في الوفاء ، وان البنك سيعود بما يدفع على المدين والأخير يمكنه الرجوع على المستفيد اذا كان يرى ان الأخير تقاضى من البنك قيمة الخطاب دون وجه حق .

(٨) انظر في ذلك

Vivant : Le Fondement Juridique des obligations abstraites,  
D.S. 1978, Chron. 39.

Galvalda et stoufflet, 1, article Précité no 21. P. 10.

وأساس تحليلنا وردنا على التساؤل يمكن رده الى ان خطاب الضمان كتصرف قانوني صدر عن البنك والتقى بتصرف قانوني صدر عن المستفيد ونتج عنهما ابرام عقد فيما بين البنك والمستفيد وبموجب ذلك أوجد هذا العقد حدا أدنى من الحماية للبنك كضامن في مواجهة عميلة وللمستفيد في مواجهة البنك ، وهذه الحماية تتمثل في ان المدين هو المكلف بالرجوع على المستفيد ومطالبته قضائياً اذا كان غير محق في قبض قيمة الخطاب .

أما ما يتعلق بالتساؤل لجهة السبب في خطاب الضمان ، فالرد على ذلك نراه كما ذهب بعض الفقه الفرنسي بان السبب في عملية خطاب الضمان يتنوع تبعاً لتنوع العملية الأصلية التي منح الضمان بمناسبة ، وتبعاً لذلك يكمن السبب في العقد المبرم بين العميل الأمر والمستفيد ، وعلى هذا الأساس اذا لم يكن العقد بين العميل والمستفيد موجوداً فان خطاب الضمان يعتبر بلا سبب ويمكن الدفع في مواجهة المستفيد بذلك<sup>(٩)</sup>.

ولا نرى كما رأى البعض انه اذا وجد اتفاق بين البنك والمستفيد ينص على انه ليس للبنك الضامن ان يدفع في مواجهة المستفيد بأي دفع رغم عدم وجود عقد فيما بين المستفيد والعميل الأمر ، يكون هذا الاتفاق صحيحاً ومعتبر ، ذلك لان هذا الاتفاق يبقى كاتفاق البنك والمستفيد في خطاب الضمان بدون سبب ولذات العلة يكون الاتفاق بين المستفيد والبنك الذي اصدر خطاب الضمان بدون سبب باطلا ، كما يكون الاتفاق فيما

---

Gavalda et stoufflet, op. Cit. P. 10.

(٩) انظر

وانظر د<sup>٥</sup> علي جمال الدين موسى : عمليات البنوك ، لدرج السابق ص ٤٨٦ ويقول « بالرغم من كون معهد البنك في خطاب الضمان منفصلاً عن دين العميل ومستقلاً عنه من الناحية القانونية ، فانه مع ذلك مرتبط به من الناحية الاقتصادية ، فهو يصدر خدمة لملاقة العميل بدائنه اذ يستهدف به العميل الحصول على ثمة هذا الدائن الذي قد لا يرضى بأي ضمان آخر سوى جزم الصورة من صورة الضمان » .

انظر مكس ذلك د<sup>٥</sup> مسيحة القليوبي : القانون التجاري عمليات البنوك والأوراق التجارية ط ١٩٨٦ ص ١٠٩ وتقول « وارى انه استقلال التزام البنك من التزام المدين لا يمنع البنك من التمسك في مواجهة المستفيد بالدفع الناشئة من التزامه بإرادته المنفردة » .

بين المستفيد والبنك الذي يتضمن شرطاً بأن البنك لا يستطيع الدفع في مواجهة المستفيد كيفما كان نوعه باطلاً ، والبطلان في كلا المقدين أساسه عدم وجود السبب .

كما لا نرى ان غياب السبب في خطاب الضمان يرتب نشوء حق البنك بالتمسك بالدفع الا اذا ثبت وجود سبب غير مشروع ، لاننا نجد في خطاب الضمان انه يمتاز بالكفاية الذاتية كما هو شأن الورقة التجارية<sup>(١٠)</sup> وانه لذلك لا يبطل الالتزام الا بعد اثبات وجود سبب غير مشروع لان الأصل في خطاب الضمان الا يتوقف الوفاء به على واقعة خارجية عنه ولا على تحقق شرط أو حلول أجل ولا يشير من ذلك ان يرتبط تنفيذه بواقعه ترجع الى المستفيد من الخطاب<sup>(١١)</sup> .

---

(١٠) يرى الفقه المصري ان الارادة المنفردة الصادرة عن البنك الذي اصدر خطاب الضمان تعتبر سبباً لهذا الخطاب ، بحيث يكون البنك ضامناً وملزماً بدفع قيمة خطاب الضمان الى المستفيد بمجرد اصدار الخطاب واعلام المستفيد به ، انظر في ذلك د. محمد حسني عباس : عمليات البنوك ط ١٩٦٨ ص ١٣٨ د. علي جمال الدين عرض : المرجع السابق ص ٥٠٤ .

(١١) انظر د. علي جمال الدين عرض : خطابات الضمان المصرفية ، المرجع السابق ص ١٤١ .

## المطلب الثاني

### موقف القضاء من خطابات الضمان المصرفية

٨١- اجمع القضاء في فرنسا وانجلترا والمانيا وسويسرا ومصر على وجود صورة للكفالة المصرفية تمتاز بخصائص تميزها عن الكفالة ، ومن هذه الخصائص استقلال الالتزام الذي تنشؤه تلك الصورة في ذمة الكفيل على نحو يكون منبت الصلة بالالتزام الذي كان سبباً لنشوء العلاقة فيما بين الكفيل والمستفيد .

وأكد هذا القضاء ان الالتزام المستقل ذو مظاهر تتجلى في ان البنك يلتزم بالمبلغ المحدد ولا يرتبط هذا الالتزام بالتزام العميل ذلك لانه ينقضي استقلالاً بالوفاء أو بانتهاء المدة ، ومن هذه المظاهر ، دفع قيمة الالتزام فوراً .

ويشكل هذا المظهر سمة من سمات صورة الكفالة التي نتحدث عنها والتي اصطلحنا للتعبير عنها « خطاب الضمان » وهناك مظاهر أخرى لخطاب الضمان تبدو في مسؤولية البنك اذا امتنع عن الوفاء أو تراخي فيه ، وانه لا يأخذ موافقة عميله على الوفاء .

ونتحدث في الفقرات التالية عن التطبيقات القضائية بشأن خطابات الضمان على النحو التالي :

#### ٨٢- القضاء الفرنسي :

أكد القضاء الفرنسي في العديد من أحكامه على استقلال خطاب الضمان على نحو يمتنع على البنك الذي أصدره الامتناع عن الوفاء للمستفيد ولا يستطيع التمسك بالدفع المخصصة للأمر ( المدين ) الناشئة عن علاقته بالمستفيد<sup>(١)</sup> .

(١) انظر حكم النقض الفرنسي الصادر بتاريخ ١٩٨٢/١٢/٢٠ مشار اليه في د. حياة شحاته : المربع السابق ص ٣٢٩ .

وقضت محكمة استئناف باريس بعبارات واضحة صريحة باستقلال التزام البنك وقالت « ٠٠٠ انه في الضمان عند أول طلب لا يستطيع بنك باريس الوطني ان يرفض السداد اثناء مدة صلاحية الضمان وليس في وسعه الاحتجاج بالدفع المستمد من عدم صلاحيته أو عدم تنفيذ المقعد الذي يربط بين الأمر والمستفيد ، وعلى ذلك لا يمكن تطبيق المادة ٢٠٣٦ من القانون المدني على الضمان » .

وقضت كذلك ( ان استقلال خطاب الضمان وقوته الملزمة انقطاعية التي لا رجعة فيها تمنع الأمر من التمسك بعدم تنفيذ عقد الأساس اطلاقاً للقول بان طلب الخطاب يقوم على تصسف واساءة ظاهرين ، ويعوق بذلك خطاب الضمان ) ، كما قضت بالقول ( وان الخطاب يستتبع عدم الرجوع الى شروط تنفيذ عقد الأساس والواقعة التي ثبتت ظاهرياً ان الأمر نفذ جميع التزاماته في مواجهة المستفيد لا تمفي البنك من احترام تعهده ) .

ولهذه الجهة قرر القضاء الفرنسي ان مبدأ استقلال خطاب الضمان عن العقد الأصلي مطلق وقالت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في ١٩٨٥/٥/٢٦ « ان كون الأمر قد نفذ التزامه الناشئ عن عقد الأساس كاملاً لا يعفي البنك من وفاء التزامه المقطوع به في خطاب الضمان ، وان اساءة استعمال الحق في المطالبة بوفاء الخطاب من جانب المستفيد ولو كانت ظاهرة يجب استبعادها من المناقشة ، وان اثبات الغش وحده هو الذي يعطل نفاذ خطاب الضمان » (٢) وعرضت محكمة النقض الفرنسية لفكرة الغش عندما قضت بتاريخ ١٩٨٥/١٢/١٠ بان « الدفع بالغش يمكن التمسك به وان الغش يعطل مبدأ استقلال الضمان والضمان المقابل » ، وقالت في حكم حديث صدر بتاريخ ١٩٨٦/٦/١٠ :

---

(٢) ان اثبات الغش من الناحية العملية امر صعب ما دام الغش يفترض مخالفة المقعد الأصلي ولان التزام البنك في الخطاب كما هو مقرر مستقل عن المقعد الأصلي لان ما ينبغي على ذلك احتياج احالة الغش في المقعد الأصلي الى خطاب الضمان .

انظر في ذلك دكتور علي جمال الدين عوشي : خطابات الضمان المصرفة ، المرجع السابق ص ٢٢٩ .

« انه اذا كان خطاب الضمان مستقلاً بالنظر الى عقد الأساس ، فان امتناع التمسك بالدفع المستمدة من تنفيذ عقد الأساس يتراجع أمام حالات الغش الواضح ، ومتى اتضح ان الشركة المستفيدة من الخطاب لم تسدد للشركة الأمرة المبالغ المستحقة عليها بمقتضى شهادات انتهاء الأعمال بنسبة ١٠٠٪ الصادرة منها والشهادات الأخرى الصادرة من مهندسها المشرف ومن إدارة الحسابات ، وان الشركة المستفيدة طلبت من الشركة الأمرة أعمالاً إضافية صدرت عنها فواتير لم تدفع من جانب المستفيد ، ولم تنازع فيها الشركة المستفيدة فان ذلك يعني في نظر المحكمة وبحق ان تطلب الوفاء بخطاب الضمان عمل ينطوي على غش » .

وفي اتجاه آخر ذهب القضاء الفرنسي الى ان التمسك الظاهر يتساوى بالحيل والأعمال المنطوية على الغش ، وان كليهما يجوز الاحتجاج به في مواجهة المستفيد ويمتنع على أساس ايها الوفاء ، وسأوت محكمة النقض الفرنسية في حكم حديث صدر عام ١٩٨٧ بين التمسك الظاهر والغش ، كما ان قضاء النقض الفرنسي ذهب بشأن الغش بعيداً عندما قرر للعميل التمسك بالدفع لظنة الغش ولم يكتف باثبات حالة الغش الظاهرة ، وكذلك عندما قرر ان تواطؤ البنك الضامن في الغش يؤخذ فيه بمجرد علمه بغش المستفيد ، والغش هنا كما قرره القضاء الفرنسي يفترض من مجرد كون البنك والمستفيد يخضعان لرقابة واحدة « أي انهما جزائريان » (٣) .

وقرر هذا القضاء صراحة ان المداول الذي طلب اصدار خطاب الضمان لصالح صاحب العميل كمستفيد يوجب على البنك احترام تهمته ، وان تنفيذ المداول جميع التزاماته في مواجهة المستفيد يعني البنك من احترام تهمته .

---

(٣) يؤخذ على هذا المبدأ مخالفته للامعة التي تقضي ان الغش لا يفترض بل يجب اقامة الدليل عليه .

انظر د. علي جمال الدين عوض : خطابات الضمان ، المرجع السابق ص ٢٣٣ .  
ود. سيد بلوي : مبدأ حسن النية في المعاملات المدنية . رسالة دكتوراه . جامعة القاهرة ١٩٨٩ .

كما تصدى هذا القضاء لمناقشة السبب في خطاب الضمان وقرر بان السبب في خطاب الضمان يظهر في رغبة وإرادة البائع الذي يصدر البضاعة ، وناقش موضوع حجز خطاب الضمان تحت يد البنك ، وإجاز ابتداء الحجز تحت يد البنك على حق المستفيد الناشئ عن خطاب الضمان في الحالة التي يكون فيها للصييل الأمر في ذمة المستفيد حقاً مؤكداً في (Certain) ومعين المقدار (Lequide) ومستحق الاداء (exigible) .

وقضت محكمة ابتدائية فرنسية في قضية تتلخص وقائعها ان ثلاث شركات فرنسية أبرمت مع شركة سعودية عقداً لبناء فندق ، وبناء على الاتفاق اصدر بنك فرنسي لصالح الشركة السعودية خطابي ضمان ، الأول لضمان النعمة الأولى . والثاني لضمان حسن النهاية واشترط في هذين الخطابين وجوب الوفاء بهما لدى أول طلب يصدر عن الشركة المستفيدة ، وان الشركات تتنازل عن أي حق لها في آثاره أية دفع أو البحث عن أسباب للتمسك بالدفع بعدم الوفاء ، وانها كذلك تتنازل مسبقاً عن المنازعة في صحة الوفاء الذي قد يقوم به البنك الضامن .

ولكون الشركات الثلاث أصبحت دائنة للشركة السعودية بمبالغ كبيرة كانت مؤكدة ومعينة المقدار ومستحقة الاداء ، فقد قرر قاضي الأمور المستعجلة اجراء الحجز بين يدي البنك على قيمة الخطابين بما يعادل الدين المستحق للشركات الثلاث في ذمة الشركة السعودية .

وايدت محكمة النقض الفرنسية بتاريخ ١٣/٥/١٩٨٠ قرار قاضي الأمور المستعجلة وقالت « وحيث انه من المؤكد حتماً ان الحجز بين يدي البنك ، اذا لم يكن قائماً على أساس ، فانه يشكل حينئذ غشاً يتمثل في استغلال وسيلة ملتوية لوقف الوفاء بمبلغ الضمان » وقالت المحكمة أيضاً « وحيث ان الدين في هذه الواقعة كما هو ثابت مؤكد ومعين المقدار ومستحق » وحيث ان الأمر بالقضاء الحجز بين يدي البنك لا يجسد بصورة نهائية وبدون سبب خطاب الضمان ، وانما يؤخر فقط الوفاء » وانطلاقاً من ذلك أيدت محكمة النقض حكم قاضي الأمور المستعجلة .



ومع ذلك رجع القضاء الفرنسي فيما قضى به بالمنازعة السابقة وقضى انه لا يجوز حجز قيمة خطاب الضمان الا اذا كان دين الأمر في ذمة المستفيد ناشئاً عن علاقة أجنبية عن العقد الأصلي ، وقضى كذلك انه يكفي ان لا يجد الدين مصدره في النزاع الدائر فيما بين الأمر والمستفيد والمتعلق بمدى حق هذا الأخير في المطالبة بالضمان .

وهكذا فان القضاء الفرنسي أقر حجز قيمة خطاب الضمان بافتراض وجود دين مؤكد لا يجد مصدره في المنازعة التي كانت السبب في المطالبة بالضمان من طرف المستفيد ، وهذا الأمر يتوقف على التقدير الدقيق لدى تمييز الدينين .

وكنتيجة لاستقرار القضاء الفرنسي بشأن خطابات الضمان فقد بدا واضحاً انه يؤكد على استقلال هذه الخطابات والالتزامات التي جاءت أثراً لها ، واتجهت المحاكم الفرنسية نحو الابتعاد عن فكرة الفسخ كأساس لمنح البنك من دفع قيمة الخطاب باعتبار انه لا يتصور صدور الفسخ من المستفيد في علاقة البنك والعميل عندما اتفقا على اصدار خطاب الضمان .

ولجات المحاكم في فرنسا الى الاستمانة بفكرة التعسف الظاهر في طلب قيمة الخطاب ، وتقوم هذه الفكرة على ان المستفيد ليس من حقه المطالبة بقيمة خطاب الضمان اذا كان مديناً للعميل بما يزيد عن قيمة الخطاب ، وقضت محكمة باريس التجارية بمنع بنكين أجنبيين ضامنين وبنكاً فرنسياً « ضامناً بالمقابل » من دفع قيمة الضمان تأسيساً على ان المستفيد متعسف في طلبه (1) .

(1) النظر

Trib; Com. De paris, Ref., 1re Aout, 1984, S. A. G. T. M.,  
Entrepasse et Autres, C. Credit Lyonnais - CD. 1988 - P. 158.

### ٨٣- القضاء الانجليزي :

ايد القضاء الانجليزي فكرة استقلال التزام البنك في مواجهة المستفيد بخطاب الضمان عن الالتزام الأصلي ، وقضت محكمة الاستئناف في حكمها الصادر بتاريخ ١٩٨٣/١٢/٩ بأنه « حتى ولو كان خطاب الضمان من الدرجة الأولى والمقبض من البنك بناء على طلب عميله مستورد البترول السوري الذي كان مرتبطاً باعتماد مستندي صادر عن بنك المصدر ولصالح البنك السوري ، فلا يستطيع المصدر (الناقل) ان يمنع المستورد السوري من طلب الضمان ، وعلى البنك السوري دفعه كما يتعين على بنك المصدر الموافقة على الاعتماد المستندي في حالة طلبه الا اذا كان هناك غش في طلب السداد » ، وقضت ذات المحكمة بتاريخ ١٩٨٤/٢/٢٨ « بان الضمان من الدرجة الأولى هو ضمان مستقل عن العقد الأساسي ، واذا حدث نزاع بين البائع (الأمم) والمشتري (المستفيد) فلا يستطيع البنك الضامن ان يتمتع عن سداد قيمة الضمان بناء على طلب الأمر الا في حالة الغش والتدليس » (٥) .

ويتضح من ذلك ان القضاء الانجليزي اعترف بصحة خطاب الضمان بخصائصه التي من أهمها استقلال الالتزام الذي انشأه على عاتق البنك لصالح المستفيد عن الالتزام الأصلي الذي انشأته العلاقة فيما بين المستفيد والأمم ، وان القضاء الانجليزي يستثنى من وجوب الوفاء بقيمة خطاب الضمان للمستفيد حالة واحدة هي الغش ، وقال اللورد دننج (Denning) في قضية عرضت أمام القضاء ( ان ضمان التنفيذ يعتبر في الواقع كالسند الأذني الذي يدفع لدى طلبه ، ومتى طالب المستفيد «الليبي» بالوفاء فان

(٥) انظر

Court of appeal, 17 July. 1984 united trading Corporation  
Sn and other V Allied Arab bank Ltd; and others; Murray Clayton  
Ltd, and others, V Fafindam and others International banking  
law. 1984. 48, 1985 - 142.

درابج د- حياة شحاته : المرجع السابق ص ٣٢٢ .

البنك يلتزم بدفع الضمان ، وعملاً يكون البنك في مركز يمكنه من معرفة ما اذا كان طلب المستفيد يقوم أو لا يقوم على القش (٦) .

ويتضح من موقف القضاء الانجليزي ان البنك ملتزم بدفع قيمة خطاب الضمان طبقاً لبنوده ، ولا يتدخل في العلاقة فيما بين المورد وعميله ، ولا شأن له فيما اذا كان المورد قد نفذ التزامه أم لا ، ولا فيما اذا كان مخطئاً أم غير مخطئ ، وعلى البنك ان يدفع طبقاً لاحكام خطاب الضمان بمجرد طلب المستفيد بشرط ولا إثبات .

والاستثناء الوحيد هو متى وصل البنك اخطار صحيح بالقش ولهذه الجهة قضت محكمة استئناف لندن بتأييدها مبدأ رفض السداد من قبل البنك الضامن على أساس التعسف والقش ، وقالت ( ان انقاضي يستطيع منع البنك من سداد قيمة الضمان اذا اتضح له ان هذا السداد تعسفي ، ويستطيع كذلك إلغاء قرار الامتناع عن السداد اذا ثبت له انه لا يوجد تعسف في طلب السداد ) (٧) .

#### ٨٤- القضاء الهولندي :

تصلى هذا القضاء الى مناقشة طبيعة التزام البنك في مواجهة المستفيد من خطاب الضمان ، وخلص الى ان هذا الالتزام يتسم بطابع الاستقلال ، وأقر بصحة الالتزام الناشئ عن خطاب الضمان وحق المستفيد في قيمته ، وقضت إحدى المحاكم بتاريخ ١٤/٣/١٩٨٣ بأنه « على البنك الضامن ان يدفع قيمة خطاب الضمان عند أول طلب من المستفيد ولا يمكن منع البنك من السداد الا في حالة ثبوت غش أو تعسف من المستفيد » .

ويلاحظ ان هذا القضاء نحى منحى القضاء الفرنسي عندما اضاف حالة التعسف الى حالة القش وان البنك في الحالتين يستطيع الامتناع عن الوفاء (٨) .

(٦) انظر د . علي جمال الدين عوض : خطابات الضمان ، المرجع السابق ص ٢٤٣ .  
Trib. Com de Melun, 29 avr; 1985, I. R., 150. Edwardowen. v.  
Barclays Bank 1977, 3 W. L. R. 704.

(٧) انظر وقائع المعوى \* ادوار ضد بنك براكلز مشار اليه في د . حياة شحاته : المرجع السابق ص ٢٤٣ .

(٨) انظر د . حياة شحاته : المرجع السابق ص ٣٢٤ .

#### ٨٥- القضاء الاتاني :

اتجه هذا القضاء اتجاه القضاء الانجليزي بحيث أكد على استقلال خطاب الضمان والالتزام الذي نشأ عنه ، وقضت المحكمة العليا الاتحادية بذلك فقالت « على البنك الضامن السداد بمجرد طلب المستفيد ، نظراً لان الضمان مستقل عن العقد الاساسي ، إلا في حالة التدليس مع احترام حسن النية » .

#### ٨٦- القضاء السويسري :

أكدت المحاكم السويسرية على ذاتية الضمان بأحكام متعددة وقضت بأنه « يتعين السداد بمجرد طلب المستفيد وعلى الضامن ان يحترم استقلال الضمان » . الا ان هذا القضاء أقر وقف صرف خطاب الضمان في حالة وحيدة تقوم على تمسف المستفيد من خطاب الضمان . ولان هذا الحكم حديث صدر بتاريخ ١٢/٩/١٩٨٥ فان ذكر وقائع الدعوى وخلاصة هذا الحكم يبدو أمراً مفيداً .

تتلخص وقائع الدعوى ان المؤسسة العامة السورية اشترت بموجب عقد من شركة (Miranos) البنمية ومركزها جنيف بضاعة ، واصدر البنك التجاري السوري خطاب ضمان حسن تنفيذ العقد بناء على طلب البائع ، وكان هناك ضمان مقابل اصدره اتحاد البنوك السويسرية في جنيف (U. B. S.) .

وعند تفريغ البضاعة في ميناء طرطوس ادعت المؤسسة السورية ان البضاعة غير مطابقة للمواصفات وتقدمت بدعوى إمام قاضي طرطوس وطلبت تعيين خبير ، وتقدم اتحاد البنوك السويسرية بدعوى كذلك (٩) .

(٩) انظر احكام منشورة في

Dalloz. sirey. 1985 P. 167, 164 Note vasseur.

ورأى د. حياة شحاته : المرجع السابق ص ٢٢٥ هامش ٣ .

وراجع

Court de Justice Civile de Genève, 14 Mars, 1985 (Iranian government trading, Corporation et banque, Melle. Iran C. secong S. A.).

بتاريخ ١٩٨٥/٢/٢٥ طالب البنك السوري البنك الضامن « اتحاد البنوك السويسرية » بدفع قيمة الضمان المقابل ، الا ان قاضي الامور المستعجلة السوري امر بايقاف سداد الضمان الرئيسي الصادر من البنك التجاري السوري .

وبتاريخ ١٩٨٥/٥/٥ تقدم الخبير بتقريره واثبت فيه ان العيوب هي في حدود التسامح التقاضي .

كانت شركة (Miranos) تقدمت بدعوى الى القضاء السويسري وحصلت بتاريخ ١٩٨٥/٣/٤ على حكم يمنع اتحاد البنوك السويسرية (U. B. S.) من دفع الضمان المقابل . وطعن بهذا الحكم من المؤسسة السورية ، فقضت المحكمة العليا بان الطعن مقدم على غير اساسي وان المؤسسة السورية عندما طلبت قيمة الضمان ارتكبت عملاً تعسفياً وذلك للسببين التاليين :

### السبب الاول

ان طلب الضمان المقابل لا يستحق الحماية الا اذا كان الضمان الرئيسي بذاته معرضاً لان يطلب ، ولكن في هذه الدعوى لا يمكن تنفيذ الضمان الرئيسي لان القاضي السوري اوقف تنفيذه ، ومن اجل هذا قررت المحكمة ان طلب الضمان المقابل هو طلب تعسفي حيث تم ايقاف الضمان الرئيسي ، وقد ثبت بالدليل الواضح ان البنك الضامن الرئيسي سيء النية بكل وضوح وهو يطلب الضمان المقابل .

### السبب الثاني

اثبت تقرير الخبير القضائي ان العيوب التي شابته البضاعة كانت نسبتها اقل من الحد الذي يتسامح فيه والمقرر بالمقد ، الامر الذي يعني ان الاستفادة متعسفة في طلبه الضمان المقابل (١٠) .

(١٠) انظر في ذلك :

Cour De Justice Civil De Geneva, 1re sect. 12 sept., 1985.  
(Union de Banques Suisses; U. B. S., et General establishment for cereal Processing and trade C. Miranos international trading in C. S. A.) Dalloz, sirey 1986. P. 165 note vasseur.

## ٨٧- القضاء المصري :

كان ظهور خطابات الضمان في مصر لأول مرة عام ١٩٥٢ عندما اصدر وزير المالية قراراً بخصوص المناقصات والمزايدات ، وابتدأ الحديث الفقهي حول هذا الموضوع عندما اصدر القضاء المستعجل حكماً بتاريخ ١/٤ و ٣/٥ عام ١٩٦٠ (١١) تعرض فيهما لخطابات الضمان (١٢) وتوالت بعد ذلك الاحكام الصادرة عن هذا القضاء بما يفيد التوجه نحو الاعتراف بضمون واستقلال هذه الخطابات .

ففي حكم لمحكمة استئناف القاهرة صدر بتاريخ ١٩/٢/١٩٦٣ قضت فيه بأنه « لا يجوز للبنك ان يرفض الوفاء للمستفيد بسبب يرجع الى علاقة البنك بالأمر أو الى علاقة الأمر بالمستفيد » (١٣) .

وقضت محكمة النقض بتاريخ ٢٧/٥/١٩٦٩ بأن « خطاب الضمان وان صدر تنفيذاً للعقد المبرم بين البنك والمدين المتعامل معه ، الا ان علاقة البنك بالمستفيد الذي صدر خطاب الضمان لصالحه هي علاقة منفصلة عن علاقته بالعميل ، اذ يلتزم البنك بمقتضى خطاب الضمان ويجرد اصداره ووصوله الى المستفيد بوفاء المبلغ الذي يطالب به هذا الأخير باعتباره حقاً له يحكمه خطاب الضمان ما دام هو في حدود التزام البنك المبين به ، ويكون على المدين ( عميل البنك ) ان يبدأ هو بالشكوى الى القضاء اذا قلر انه غير مدين للمستفيد أو ان مديونيته لا تبرر ما حصل عليه المستفيد من البنك » (١٤) .

(١١) انظر مجلة المحاماة المصرية سنة ١٩٦١ ص ١٤٧٦ والتعليق على المحكين د. علي جمال الدين عوض : عمليات البنوك ط ١٩٦٠ بند ٨٣ .

(١٢) استئناف القاهرة حكم رقم ٧٨٥ تاريخ ١٩/٢/١٩٦٣ المجموعة الرسمية ص ٦١ ق ١١٢ .

(١٣) انظر نقض مصري الطعن رقم ٤١٤ سنة ٢١ ق جلسة ١٥/٤/١٩٥٤ مجموعة ٢٥ عام ٢٢٠ ققرة ١ مشار اليه في د. احمد حسني : قضاء النقض التجاري ص ٢١٩ .

(١٤) نقض مصري الطعن رقم ٢٤٩ لسنة ٣٥ ق تاريخ ٢٧/٥/١٩٦٩ . مجموعة احكام النقض سنة ٢٠ ص ٨١١ الموسوعة الذهبية ج ٨ ص ٢٣٧ .

وتوالت أحكام القضاء بما يؤيد استقلال الالتزام الذي انشاء خطاب الضمان بما يعني ان مصدر الخطاب لا يلتزم بالنيابة عن عميله ولا من أجل ضمان حسن التنفيذ وهو لا يسدد ما على ذلك العميل من التزامات .

وقالت محكمة النقض في أحكام عديدة ان الالتزام في خطاب الضمان مستقل عن العلاقة السابقة عليه ولو انها كانت سبب نشوئه وتضمن حكمها في هذا الشأن .

« ان خطاب الضمان وان صدر تنفيذاً للعقد المبرم بين البنك والمدين المتعامل معه الا ان علاقة البنك بالمستفيد الذي صدر خطاب الضمان لصالحه هي علاقة منفصلة عن علاقته بالعميل<sup>(١٥)</sup> وان التزام البنك بالوفاء للمستفيد التزام أصيل لا بالوكالة عن العميل »<sup>(١٦)</sup> .

وحاول القضاء المصري تكييف خطاب الضمان برده الى احدى النظريات او الحاقه بأحد الأنظمة التجارية ، وقرر ان التسهيلات المصرفية التي يصدق عليها وصف القرض يدخل من ضمنها خطابات الضمان وقالت محكمة النقض « من الجائز ان يتخذ عقد القرض صوراً مختلفة غير صورته المألوفة من قبيل الخصم وفتح الاعتماد وخطابات الضمان باعتبار انه يجمع بينها كلها وصف التسهيلات الائتمانية ويصدق عليها تعريف القرض بوجه عام الوارد في المادة ٥٣٨ من القانون المدني »<sup>(١٧)</sup> .

ولعل القضاء المصري كان واضحاً أكثر من غيره في أحكامه العديدة التي أكد من خلالها ان هناك فرقاً فيما بين خطابات الضمان وغيرها من عمليات البنوك وخاصة الفرق بينها وبين الكفالات المصرفية ، وجاء هذا الوضوح في القرارات العديدة التي أكدت على استقلال التزام البنك

(١٥) نفس مصري : المرجع السابق .

(١٦) نفس مصري الطعن رقم ١٠٦ سنة ٣٧ ق طعن ١١ سنة ٤/٣/١٩٧٣  
س ٣٣ ص ٤٠١ مشار اليه في د . أحمد حسني : قضاء النقض التجاري ص ٢١٨ .

(١٧) انظر نفس مصري . طعن رقم ٤١٢ سنة ٣٥ ق جلسة ١٩٦٩/١٢/٣٠ س ٢٠ ص ١٣٦٣  
د . أحمد حسني : المرجع السابق ص ٢٢٠ .

وتجسيد مظاهر هذا الاستقلال في انه التزام مجرد (١٨) لا يرتبط بعلاقة سابقة سواء علاقة البنك بعميله الأمر أو الأمر بالمستفيد ، وانه التزام مباشر على نحو يتحمله البنك في مواجهة المستفيد وفي ذلك قضت محكمة النقض بالقول •

« ومن المقرر في قضاء هذه المحكمة ان خطاب الضمان وان صدر تنفيذاً للعقد المبرم بين البنك والمدين المتعامل معه ، الا ان علاقة البنك بالمستفيد الذي صدر خطاب الضمان لصالحه هي علاقة منفصلة عن علاقته بالعميل ، اذ يلتزم البنك بمقتضى خطاب الضمان وبمجرد إصداره ووصوله الى المستفيد بوفاء المبلغ الذي يطالب به هذا الأخير باعتباره حقاً له يحميه خطاب الضمان ، ما دام هو في حدود التزام البنك المبين به ، كما ان البنك مصدر الخطاب لا يعتبر وكيلاً عن العميل في الوفاء للمستفيد بقيمة خطاب الضمان ، ذلك ان التزام البنك في هذا الأمر الالتزام أصيل » •

« ويرتكب على ذلك ان ما يدفعه العميل للبنك لتغطية خطاب الضمان ، انما هو تنفيذ وتأمين للعلاقة القائمة بين العميل والبنك وحدهما ولا صلة للمستفيد بها ، كما ان البنك الذي يقوم بتثبيت اعتماد مصرفي بين عميله والمستفيد منه لا يصح وصفه بأنه ضامن أو كفيل يتبع التزام المدين المكفول ، بل يعتبر في هذه الحالة التزاماً مستقلاً عن العقد القائم بين المتعاملين » (١٩) •

ومن مظاهر استقلال التزام البنك أيضاً انه بات ونهائي على نحو لا يعتبر البنك والعميل في مركز الملتزمين بالتضامن ، لانه لو فرض ذلك فإنه يفترض تعدد روابط الدائن بالمدينين بمحل واحد ، وهذا غير موجود لان محل التزام البنك مختلف عن محل التزام العميل المدين (٢٠) •

(١٨) نفس مصري ١٩٦٤/٥/١٤ وحكم المحكمة الادارية العليا بتاريخ ١٩٦٣/٦/٢٠ مشار إليهما في د\* بقراني نجاة : المرجع السابق ص ٥٨٤ •

(١٩) نفس مصري الطعن رقم ٦٤٨ السنة ٤٨ ق جلسة ١٩٨٢/٤/١٢ وبذات المعنى لنفس مصري طعن ٣٧٠ سنة ٢٩ ق جلسة ١٩٦٤/٥/١٤ •

(٢٠) انظر في هذا التوجيه د\* مسيحة القليوبي : المرجع السابق ص ٦٠ •



وتأسيساً على ذلك يعتبر التزام البنك في خطاب الضمان بمواجهة المستفيد التزاماً تلقائياً يستطيع هذا المستفيد ان يحصل على مبلغ الخطاب بمجرد تقديم طلب الى البنك ، وهذا ما يفسر التزام الضامن في خطاب الضمان بصورة نهائية وبآته . ومعنى ذلك انه ليس بمقدور البنك مصدر خطاب الضمان بعد وصول هذا الخطاب الى المستفيد ان يرجع فيه أو يعدله ، أو يمتنع عن وفاء قيمته لأي سبب من الأسباب حتى ولو طلب اليه العميل ذلك (٢١) .

وأيد القضاء المصري توجه محكمة استئناف باريس عندما قضت بأن البنك الذي يمتنع ضمانه لشركة في مواجهة مستفيد لا يستطيع رفض الضمان بعدم الدفع لمجرد الاعتراض على الوفاء من قبل العميل وأنه اذا فعل يكون متصرفاً وسياً النية ويتوجب إدانته بتعويض الضرر (٢٢) .

وهناك مظاهر أخرى لاستقلال التزام البنك تبدو في عدم التزام البنك اخطار العميل قبل الوفاء (٢٣) وعدم استطاعته رفض الوفاء (٢٤) .

بقي ان نتساءل هل أخذ القضاء المصري بفكرة الغش واجاز للبنك الامتناع عن الوفاء على أساس ذلك ، الحقيقة ان القضاء المصري لم يتصدى لمعالجة حالة الغش اذا صدرت عن المستفيد كما فعل القضاء الفرنسي

---

(٢١) هذا ما قرره محكمة النقض المصرية في العديد من الاحكام الصادرة عنها بجلسة ١٩٧٢/٣/١٤ ، ١٩٨٢/٤/١٢ ، ١٩٨٤/٢/١٣ .

(٢٢) انظر احكام عديدة بهذا الخصوص مشار إليها في د . - بشارتي نجاة : المرجع السابق ص ٥٩٠ .

(٢٣) اكدت محكمة النقض المصرية بأنه « اذا قام البنك بصرف مبلغ خطاب الضمان للمستفيد فانه ليس للعميل ان يتحدى بوجوب اداؤه هو قبل صرف مبلغ التعويض المبين في خطاب الضمان » لنقض مصري جلسة ١٩٦٤/٥/١٤ مرجع سابق وجلسة ١٩٧٩/١٢/٢١ وجلسة ١٩٨٠/٢/١٦ - مرجع سابق وقضت بالاول بأنه « من المقرر ان البنك مصدر خطاب الضمان يلتزم بسداد قيمته الى المستفيد بمجرد مطالبته بذلك أثناء سريان أجله دون حاجة الى الحصول على موافقة العميل » .

(٢٤) انظر حكم النقض الفرنسي الاول ويتعلق بفكرة التمسف الظاهر والغاني هجر منه الفكرة .

الذي استند في باديء الأمر الى فكرة التعسف الظاهر ليقول على أساسها بحق البنك الامتناع عن الوفاء ، والقضاء الفرنسي ذاته رفض فكرة التعسف الظاهر عندما عاد عنها بالقرار الصادر بتاريخ ٢١/٥/١٩٨٥ (٢٥٠).

وقال ان الطابع المستقل لالتزام البنك في خطاب الضمان يستبعد أية إمكانية للاستناد الى شروط تنفيذ العقد الأصلي ، وان كون العميل نفذ جميع التزاماته تجاه المستفيد في الضمان ، فلا يجوز ولو قام الدليل على صحة ادعائه باعفاء البنك من تنفيذ التزامه بالوفاء ، وكنتيجة لتخلي القضاء الفرنسي عن فكرة التعسف الظاهر فقد تبني فكرة الغش وكيف تصرف المستفيد المؤدي للغش بأنه الغياب الظاهر لأي حق للمستفيد (L'absence Manifestede droit du bénéficiaire) .

وعلى ذلك تعتبر مطالبة المستفيد مبنية على غش اذا كان لا يملك أي حق في مواجهة العميل وخاصة اذا ثبت مثلا ان العميل نفذ الالتزام بالكامل أو ان ما نفذ من العقد يزيد عن مقدار الدفعة الأولى الذي صدر خطاب الضمان من أجل ضمانها .

والقضاء المصري كما ذكرنا لم يتصدى لفكرة الغش ربما لأنها لم تعرض عليه في أية منازعة . ونحن اذا لا نميل نحو الأخذ بفكرة الغش كما صاغها القضاء الفرنسي الا اننا لا نقول بالاعتماد عنها على نحو يبقى للبنك حق الامتناع عن صرف خطاب الضمان اذا كان الغش ظاهراً ، والسبب في موقفنا انه :

أولاً : الغش يفسد كل شيء ، وانه ما دخل في شيء الا أفسده .

ثانياً لترك للقضاء معالجة هذا الموضوع على أساس ابقاء على فكرة الغش التي يتوجب على البنك اذا ثبت لديه ان لا يقوم بالوفاء للمستفيد وان التكييف القضائي لمثل هذه الواقعة يكاد يكون في مرتبة التشريع لان في تفسير القضاء ما يكمل التشريع أحياناً .

(٢٥٠) مشار الى ذلك في د - بصراني نجات : المرجع السابق ص ٩٦ هامش ٢/١ .

## ٨٨- القضاء الأردني :

لم يتصدى القضاء الأردني بصورة صريحة لخطابات الضمان وتُرد ولا يزال في الحديث عنها في الأحكام الصادرة عنه حتى انه في الحكم الذي صدر عام ١٩٧٥ وكانت وقائعه تشير الى ان موضوع المنازعة خطاب ضمان ، تجنبته محكمة التمييز استعمال لفظ خطاب الضمان وابتقت على استعمال لفظ الكفالة المصرفية . ومع انه لوحظ مؤخراً توجهها لدى بعض المحاكم تقول بالتمييز بين خطاب الضمان والكفالة المصرفية ، الا ان هذا التوجه لا يرقى الى درجة الاعتراف بوجود خطاب الضمان رغم الاعتراف بوجود خصائص معينة للكفالة المصرفية مستمدة من قاعدة العقد شريعة المتعاقدين وهذه الخصائص هي في حقيقة الأمر تمتاز بها خطابات الضمان عن الكفالة المصرفية .

ومن المفيد ان نستعرض قرار محكمة التمييز حول هذا الموضوع (٢٦) وورد فيه الحيثيات التالية :

يعتبر ملزماً للطرفين المتعاقدين تطبيقاً لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، وعملاً بأحكام المادة ١٧٤ من قانون أصول المحاكمات الحقوقية طالما انه غير ممنوع بالقانون أو بنظام خاص أو مغل بالآداب أو النظام العام أو مخالف للقواعد والأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية .

وحيث ان البند الرابع من العقد لا يلزم المستأنف عليه بالتحقق من اخلال المستأنفة أو الجهة المكفول لها بالعقد كي يتبين ما اذا كانت الجهة المكفول لها تستحق قيمة الكفالة أم لا ، بل ان مجرد طلب الجهة المكفول لها لقيمة الكفالة منه يجعله ملزماً بدفعها اليه رغم أية معارضة من المستأنفة ما دام ان الطلب تقدمت به الجهة المكفول لها قبل انقضاء مدة الكفالة ، ويؤيده ذلك ما جاء بسند الكفالة ، ومن ثم فان هذه الأسباب غير واردة ويكون بحث محكمة البداية في حكمها المستأنف اخلال المستأنفة بالعقد غير مجد في الدعوى وتزيد منها لا مبرر له .

(٢٦) تمييز حقوق ١٢/٧٥ مجموعة النقابة سنة ١٩٧٥ ص ١٢١٤ .

وتشير الواقعة كما وردت في قرار محكمة التمييز ان عقد الشروط العامة للكفالات والموقع من الطرفين ينص على انه « من المتفق عليه بيننا انكم - أي المستأنف عليه غير ملزمين بأخذ موافقتنا على دفع أي مبلغ من قيمة الكفالة الى الجهة المكفول لها أو من ينوب عنها وغير ملزمين بأشعارنا قبل الدفع ، بل ان مجرد الطلب يخولكم حق دفعها دون تدقيق لحسابات هذه الجهة أو معرفة حقيقة طلباتها منا أو ترتيب بدل الكفالة بنمنا ، ونسقط حقنا من الآن في الاعتراض على دفعكم أي مبلغ أو مصروف سواء كان قبل استحقاق الكفالة أو قبل طلب دفعها أو بعده وعلى تنفيذكم ذلك بدون موافقتنا أو بدون إشعاركم أيانا مستقبلا » وكان قرار محكمة الاستئناف الذي تأيد من محكمة التمييز قضى بالقول :

« هذه العبارة واضحة من مدلولها في ان الطرفين المتعاقدين المستأنف عليه والمستأنفة قد ارتضيا بان يدفع المستأنف عليه قيمة الكفالة الى الجهة المكفول لها بمجرد طلبها ذلك دون ان يكون ملزماً قبل ذلك بالتحقيق فيما اذا كانت قيمة الكفالة مشغولة بها ذمة المستأنفة أم لا .

وبغض النظر عن أية علاقة تماقدية بين المستأنفة وبين الجهة المكفول لها ترتب عليها تكليف المستأنفة للمستأنف عليه بضمانها بحدود المبلغ المتفق عليه للجهة المكفول لها .

وحيث ان الاتفاق على ما ورد في البند الرابع المذكور يعتبر ملزماً للطرفين المتعاقدين تطبيقاً لقاعدة العقد شرعية المتعاقدين وعملاً بأحكام المادة ١٧٤ من قانون أصول المحاكمات الحقوقية طالما انه غير ممنوع بالقانون أو بنظام خاص أو مغل بالآداب أو النظام العام أو مخالف للقواعد والاحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية ، وحيث ان البند الرابع من العقد د/٢ لا يلزم المستأنف عليه بالتحقق من اخلال المستأنفة أو الجهة المكفول لها بالمقد المبرز م/٣ كي يتبين فيما اذا كانت الجهة المكفول لها تستحق قيمة الكفالة أم لا ، بل ان مجرد طلب الجهة المكفول لها لقيمة الكفالة منه يجعله ملزماً بدفعها اليه رغم أية معارضة من المستأنفة ما دام ان الطلب تقدمت به الجهة المكفول لها قبل انقضاء مدة الكفالة ويؤيد ذلك ما جاء بسند الكفالة المبرز م/١ ، ومن ثم فان هذه الأسباب غير واردة

ويكون بحث محكمة البداية في حكمها المستأنف اخلال المستأنفة بالعقد  
مبرز م/٣ أمراً غير مجد في الدعوى وتزيدها منها لا مبرر له (٢٧) .

أما التوجه القضائي الحديث في عدة قرارات اصدرتها محكمة  
التمييز عام ١٩٨٩ حيث ورد في أحدها ما نصه « وخطاب الضمان له  
خصائص وشروط لم تتوفر لهذه الكفالة ، أولها ان يكون التزام البنك  
أو المؤسسة المالية الذي يصدر الكفالة مستقلاً عن التزام عقيله المكفول ،  
وان يكون لهذا الخطاب كفايته الذاتية فلا يرتبط باستحقاق المبلغ الوارد  
فيه بعنصر خارجي عنه وان يكون المبلغ الثابت به مستحقاً فور اصدار  
الخطاب ووصوله الى علم المستفيد منه » (٢٨) .

وبهذا التوجه لدى القضاء الاردني يكون أمر التمييز بين الكفالة  
المصرفية وخطاب الضمان مؤكداً ، سيما واطهر هذا التوجه الخصائص  
التي تمتاز بها خطابات الضمان في انها غير معلقة على شرط ومستحقه  
الاداء غيب الاطلاع (٢٩) .

وهكذا فانه لا يبقى الا الاعتراف بالفرق فيما بين الكفالة المصرفية  
وخطابات الضمان على نحو تظهر بوضوح آثار كل منهما بما يؤدي الى  
استقرار الاحكام القضائية بهذا الخصوص وما يبعث على الاطمئنان لدى  
المؤسسات المالية والبنوك والمتعاملين معها ويؤدي الى حفز المشرع لتنظيم  
احكام الكفالات المصرفية وخطابات الضمان بنصوص قانونية تلائم التطور  
الاقتصادي والعمل المصرفي .

(٢٧) المرجع السابق ، نفس الموضع .

(٢٨) انظر تمييز حقوق ٨٩/١٠٣٨ مجلة نقابة المحامين السنة ٣٩ ص ١٢٥٣ وتمييز حقوق  
٨٩/١٠٦٠ مجلة نقابة المحامين السنة ٣٩ ص ١٢٧٩ وورد فيه : اذا كانت الكفالات  
التي تطلب وكيل المصنف وقف صرفها ليست كفالات عادية وانما هي خطابات ضمان  
غير معلقة على شرط وتستحق الاداء غيب الاطلاع فيكون ادعاء المميز بأن هذه الكفالات  
هي كفالات عادية خاضعة لاحكام الكفالة المنصوص عليها في القانون المدني ادعاء لا يستند  
الى اساس قانوني سليم .

(٢٩) انظر تمييز حقوق . المرجع السابق ذات الموضع . وتمييز حقوق رقم ٨٧/١١٧٠  
مجلة نقابة المحامين السنة ٣٨ ص ١٤٠٠ .

## المطلب الثالث

### موقف التشريع من خطابات الضمان المصرفية

٨٩- قلة من التشريعات نظمت موضوع خطابات الضمان في نصوص قانونية ، وهذه التشريعات ضمنت قوانينها الباحثة في عمليات البنوك والتجارة نصوصاً تمد القواعد الأساسية لخطابات الضمان . وسنستعرف من خلال هذه النصوص على تلك القواعد بعد محاولة الوقوف على أسباب رفض المشرع لدى بعض الدول معالجة موضوع خطابات الضمان من خلال النصوص القانونية .

وسيكون حديثنا في هذا المجال عن القانون الفرنسي والقانون المصري والقانون الأردني كأمثلة لم يتطرق المشرع في هذه القوانين الى موضوع خطابات الضمان في النصوص القانونية ، كما نناقش القانونين العراقي والكويتي كأمثلة للقوانين التي تضمنت أحكاماً تتعلق بخطابات الضمان ، ونستعرض مشروعات القواعد الموحدة الذي وضعتها غرفة التجارة الدولية في باريس<sup>(١)</sup> .

#### ٩٠- القانون الفرنسي :

لا يزال هناك فراغ قانوني في الموسوعة التجارية الفرنسية والقوانين الباحثة في التجارة الداخلية والخارجية بشأن خطابات الضمان ، وهذا الفراغ مرده ان المشرع الفرنسي لم يحاول مناقشة ما تنبه اليه الفقه

---

(١) انظر قانون التجارة السامي رقم ٥٥ لسنة ١٩٩٠ وتضمن في المواد ٣٩٢ - ٣٩٧ أحكاماً تنظم عملية إصدار خطاب الضمان ، ودرجت المادة ٣٩٢ خطاب الضمان بأنه « تمهد يصدر من بنك بناء على طلب عميل له (الأسر) يدفع مبلغ معين أو قابل للمعين لشخص آخر (المستفيد) دون قيد أو شرط اذا طلب منه ذلك خلال المدة المحددة في الخطاب ويرفع في الخطاب الفرش الذي صدر من أجله » . نظم المشرع السامي في النصوص التالية غطاء الخطاب ، واستقلال الالتزام فيه والرجوع على العميل (الأسر) .

والقضاء بشأن اختلاف الكفالة عن خطابات الضمان خصوصاً بعد ان أصبح الأمر واضحاً عندما صدر قانون الصفقات العمومية الذي تضمن ان الكفالة المصرفية المطلوب تقديمها ذات خصائص تميزها عن الكفالة في مفهومها الوارد في القانون المدني .

وقانون الصفقات العمومية الفرنسي صدر نتيجة الحاجة اليه بعد ان اتسع نطاق استخدام خطابات الضمان المصرفية الذي انحصر في بداية الأمر في مجال عمليات التجارة الدولية ليشمل مجالات استخدامه في العقود الداخلية ، وتضمن نص المادة ١٤٤ « ان الوفاء يجب ان يتم عند اول مطالبة من الادارة المتعاقدة وبدون ان يكون للكفيل تأجيل الوفاء أو ابداء اعتراضات لأي سبب من الأسباب » .

وهذا القانون رغم انه استعمل لفظ الكفالة في المادتين ١٢٥ و ١٣١ الا ان الخصائص التي حددها للكفالة المطلوب تقديمها بانها ذات طبيعة مستقلة ، تجعل هذه الكفالة ذات طبيعة تختلف عن طبيعة الكفالة الواردة احكامها في القانون المدني وهي في واقع الحال خطاب الضمان (٢) .

#### ٩١- القانون المصري :

استقر التنظيم القانوني لخطابات الضمان في مصر نتيجة الكتابات الكثيرة التي ناقش فيها الفقه والقضاء موضوعها ويمكن القول ان تراخي المشرع المصري عن تنظيم هذا النشاط المصرفي الهام يعد من جانبه محاولة لاطلاق يد البنوك في تنظيم هذه العملية على نحو يمكنه من معرفة ما سوف يستقر عليه ، ولا يعتبر تجاهل المشرع لهذه الناحية فيه قصد

(٢) انظر في نص المادة ١٤٤ من قانون الصفقات العمومية الفرنسي ووردت كما يلي :  
( ... Ce Versement est Fait Sur 1, order de 1 administration Contractante, et Cela Sans que la Caution Puisse différer Le Paiement ou Soulever de Contestation Pour quelque motif que Ce Soit ).

من جهة لان آراء الفقه واحكام القضاء سهلت النقص في مجالات استخدام  
هذه النوع من النشاط المصرفي وحدثت طبيعته واناساسه القانوني  
واحكامه (٣٧) .

ويلاحظ ان التوجه نحو تنظيم قانوني مدون لخطابات الضمان بدأ  
يظهر بعد ان تم وضع مشروع القانون التجاري المصري الجديد عام ١٩٦٤  
والذي تضمن تنظيمًا مفصلاً للقواعد التي تحكم علاقات اطراف خطابات  
الضمان عنسما نص على عمليات البنوك بأنواعها المتعددة .

وعرف المشروع في المادة ٣٠١ منه خطاب الضمان بأنه « تهديبات  
يصدر من المصرف بناء على طلب شخص يسمى الأمر يدفع مبلغ معين او  
قابل للتعين بمجرد ان يطلب المستفيد ذلك » .

## ٩٢- القانون الأردني

نظم المشرع الأردني في قانون التجارة رقم ١٢ لسنة ١٩٦٦ احكام  
التجارة والتجار والمؤسسات التجارية وتصدى بالحديث عن العقود  
التجارية ، وأقر الباب الخامس لتنظيم عقد الحساب الجاري ، واثناء  
تنظيم احكام الحساب الجاري ، بين المشرع احكام الوديعة واجارة الصناديق  
الجديدة وعقود فتح الاعتماد المالي ، ونص في المادة ١٢٢ على ان العمليات  
غير المذكورة في هذا الباب تخضع لاحكام القانون المدني المختصة بالعقود  
المختلفة ( الناجمة عن العمليات المذكورة او العقود التي تتصف بها هذه  
العمليات ) .

وهكذا نجد ان المشرع الأردني لم يأت على ذكر خطابات الضمان .  
ذلك ان المشرع عند وضع قانون التجارة لم يكن قد وضع امامه عملية  
مصرفية كالتعلي على خطابات الضمان ، كما ان فطنه المشرع

(٣٧) كان لهذه المؤسسات المصرفية المصرية دور هام في القاء الضوء على موضوع خطابات  
الضمان نتيجة المطالبات التي اقيمت فيه .



انذاك دفعت به الى عدم تنظيم أحكام العمليات المصرفية التي لم يرد ذكرها ، لتبقى خاضعة لاحكام القانون المدني ، وهو الأساس الذي اعتمدته القضاء اعمالا لقاعدة المعقد شريعة المتعاقدين ، قبل ان يتجه نحو الاعتراف لخطابات الضمان بالاستقلال بما يميزها عن الكفالات المصرفية .  
ولعلنا اؤيد عدم تقنين أحكام خطابات الضمان في الوقت الحاضر ، بانتظار ما يمكن ان يستقر عليه التعامل فيما بين اطراف هذه العملية وايضا ما سوف يستقر عليه العرف المصرفي في هذا المجال .

### ٩٣- القانون العراقي :

نظم المشرع العراقي خطاب الضمان في نصوص قانون التجارة رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ ووردت أحكامه في الفصل الثاني الباحث في العمليات المصرفية وخصص الفرع السابع في المواد ٢٨٧ - ٢٩٣ للحديث عن خطاب الضمان .

وعرفه في المادة ٢٨٧ بأنه « تعهد يصدر من مصرف بناء على طلب أحد المتعاملين منه (الأمير) بدفع مبلغ معين أو قابل للتممين لشخص آخر (المستفيد) دون قيد أو شرط اذا طلب منه ذلك خلال المدة المعينة في الخطاب ، ويحدد في خطاب الضمان الغرض الذي صدر من أجله » وحدد المشرع بهذا التعريف اطراف الخطاب ووظيفته وطبيعته وخصائصه وبين في المادتين ٢٨٨ و ٢٨٩ ما يتعلق بفظاء خطاب الضمان والضمانات التي يقدمها الأمر ، وان الخطاب شخصي ليس للمستفيد ان يتنازل عن حقه الثابت فيه الا بموافقة المصرف الذي أصدره ، ونص على ذلك بأنه « لا يجوز للمستفيد التنازل عن حقه الناشئ عن خطاب الضمان الى الغير الا بموافقة المصرف » .

وتضمن القانون نصا يصف الالتزام الناشئ عن خطاب الضمان بأنه مستقبل عندما ورد حكم المادة ٢٩٠ يقرر بأنه « لا يجوز للمصرف ان يرفض الاداء للمستفيد بسبب يرجع الى علاقة المصرف بالأمير أو المستفيد أو الى علاقة الأمر بالمستفيد » .

كما تضمن نصاً يقرر ان خطاب الضمان ذو مدة محددة تبرا دمة البنك بانقضائها دون مطالبة المستفيد دفع قيمته ، وورد النص على النحو التالي « تبرا دمة المصرف تجاه المستفيد اذا لم يصله خلال مدة سريان خطاب الضمان طلب من المستفيد بالرفع الا اذا اتفق صراحة قبل انتهاء هذه المدة على تجديدها » (٤) .

#### ٩٤- القانون الكويتي :

نظم قانون التجارة الكويتي في المواد ٣٨٢ - ٣٨٧ علاقات اطراف عملية خطاب الضمان بعد ان عرفه بأنه « تعهد يصدر من بنك بناء على طلب عميل له (الآمر) بدفع مبلغ معين أو قابل للتعين لشخص آخر (المستفيد) دون قيد أو شرط اذا طلب منه ذلك خلال المدة المعينة في الخطاب ، ويوضح في خطاب الضمان الفرض الذي صدر من أجله » .

وهذا التعريف يكاد يكون حرفياً بالنسبة للقانون العراقي كما ان باقي النصوص الباحثة في اطراف عملية خطاب الضمان واستقلال التزام البنك عن العلاقة فيما بينه وبين الأمر أو المستفيد أو العلاقة فيما بين الأمر والمستفيد ، تشبه كثيراً النصوص التي وردت في القانون العراقي وهي في مجملها تردد الأحكام الواردة في هذا الأخير ، لذلك لا داعي لتكرار الحديث .

#### ٩٥- مشروع القواعد الموحدة لخطابات الضمان كما أعدته غرفة التجارة الدولية :

أعدت غرفة التجارة الدولية مشروعاً ضمنته قواعد تنظيم الضمانات في المقود (uniform Rules for Contract Guarantees) في أربع وثلاثين مادة تحدثت الأولى عن نطاق تطبيق القواعد ، والثانية عرفت الضمان ، وتحدثت باقي نصوص القواعد عن طبيعة خطابات الضمان

---

(٤) انظر قانون التجارة العراقي والنصوص الباحثة في خطاب الضمان . الوقائع العراقية ، الجريدة الرسمية للجمهورية العراقية . العدد ٣٩٨٧ . الثاني من نيسان ١٩٨٤ لسنة ٢٦ . وانظر قانون التجارة الألماني رقم ٥٥ لسنة ١٩٩٠ .

ومسؤولية البنك وموعد مطالبة المستفيد وشروط الضمان بصفة عامة واحكام انقضاء الضمان ، وننصدي في الحديث عن هذه القواعد لبعض النصوص التي نظمت خطاب الضمان من حيث تعريفه واطرافه ومسؤولية مصدره وطبيعة الخطاب وانقضاؤه .

وورد تعبير خطاب الضمان كواحد من مصطلحات التجارة الدولية ضمن القواعد التي وضعتها غرفة التجارة الدولية عام ١٩٥٣ (international chamber Commerce) وهذه القواعد تسمى الانكوتيرمز (Incoterms) اختصاراً للمصطلح (international Commercial terms) مصطلحات التجارة الدولية وعرفت خطاب الضمان باعتباره يتعلق بالنقل البحري وسند الشحن بانه « تمهد يطيح للناقل مورد البضاعة أو من يمثله في حالة وجود أية تحفظات أو ملاحظات على البضاعة ، وبموجب هذا التمهيد يصدر الناقل سند الشحن نظيفاً خالياً من أية تحفظات ، وبمقتضاء يحق للناقل ان يرجع على الطرف الموقع على خطاب الضمان في حالة أية مطالبات يتقدم بها مستلم البضاعة في ميناء الوصول الذي يعتبر من الغير في هذا الخصوص ولا يسري في مواجهته هذا الخطاب » .

ونحن نجد في هذا التعريف ابتعاداً عن مضمون خطاب الضمان الذي حددنا الحديث عنه في هذه الدراسة ، ولعل سبب هذا الابتعاد هو ان تعريف خطاب الضمان في هذه المصطلحات جاء بخصوص عقود النقل البحري مما جعله قاصراً عن شمول الكثير من أنواع الضمان في هذا التعريف .

وورد تعريف مصطلح آخر من مصطلحات التجارة الدولية للغرفة وتحت عنوان خطاب الاعتماد بانه « تمهد يقدمه أحد البنوك بناء على طلب ولحساب أحد العملاء الذي قام بإيداع مبلغ معين في حساب بنك آخر لصالح مستفيد معين » .

ويكون هذا المبلغ المودع قابلاً للصرف منه للمستفيد ، وغير قابل للإلغاء لفترة محددة من الزمن . ويقوم المستفيد بالصرف من الاعتماد عندما يستوفي الشروط المنصوص عليها في خطاب الاعتماد كتقديم مستندات معينة مذكورة على وجه التحديد بخطاب الاعتماد ، وإن الدفع بموجب خطابات الاعتماد غير القابلة للإلغاء هو الطريقة المعتادة المستعملة في التجارة الدولية ، وهي طريقة توفير الضمان للطرفين المتعاقدين ( البائع والمشتري ) .

فهى بالنسبة للمشتري فإنه يطمئن الى ان نقوده لن تدفع الى البائع الا بعد ان يتأكد البنك من ان البائع قد قام بتسليم البضاعة تسليمًا صحيحًا .

وهي بالنسبة للبائع فإنه يطمئن الى انه يحصل على المبلغ المودع لصالحه بالكامل بمجرد قيامه بتسليم البضاعة وتقديم المستندات الدالة على ذلك والمنصوص عليها في خطاب الاعتماد .

على ان هذا التعريف يقترب من خطاب الضمان من جانب ويعتمد عنه في جانب آخر ، ولعل بعده عن خطاب الضمان يجعله قريباً من الاعتماد المستندي .

وكما ذكرنا في السابق فإن الاعتماد قد ينطوي على عدة عمليات يقوم بها المصرف من بينها خطاب الضمان والاعتماد المستندي<sup>(٥)</sup> على ان المشروع الجديد الذي وضعتة غرفة التجارة الدولية بشأن القواعد المتعلقة بخطابات الضمان فهو بالإضافة الى انه تصدى الى موضوع نطاق استخدام الخطاب من حيث انطباق أحكامه على أي ضمان أو تعويض أو تأمين أو أي تعهد

(٥) انظر تفصيلاً • مختار السويقي : مصطلحات النقل البحري والتجارة الخارجية ط ١٩٨٣ وإيضاً

Carleeno, Loughlin : the Economics of sea transport.

ترجمة الدكتور مختار السويقي .

مشابه ، فإن تعريفه جاء بالمعنى الذي يقترب به كثيراً من التعريفات التي ساقها الفقه والقضاء .

ونصت المادة الثانية من المشروع على ان « ضمان العطاء يعني تعهدا يعطى بواسطة بنك أو شركة تأمين أو طرف آخر (الضمان) بناء على طلب مقدم عطاء (الأصيل) ومغطي بناء على تعليمات بنك أو شركة تأمين أو طرف آخر طلب اليه ذلك بواسطة الأصيل ( الطرف معطي التعليمات ) الى طرف داخ الى تقديم العطاءات (المستفيد) بمقتضاء يتعهد الضامن في حالة اخفاق الأصيل في الالتزامات الناشئة عن تقديم العطاء بان يدفع الى المستفيد في حدود مبلغ معين من النقود » (٦) .

ومن هذه التعريفات يمكن استظهار طبيعة خطاب الضمان في انه نهائي وبات وانه مستقل ويتعهد بموجبه الضامن دفع مبلغ معين الى المستفيد ، وهو ما أكدته الفقرة ب من المادة الأولى عندما تحدثت عن الضمان النهائي الصادر عن البنك أو شركة التأمين لفايات تأمين توريد البضائع أو القيام بخدمات معينة ، والفقرة ج الباحثة في ضمان الدفعات المقدمة .

وبشان استقلال التزام البنك عن الالتزام الأصلي فورد الحديث عنه في المادة الرابعة من مشروع القواعد الموحدة في ان خطابات الضمان تعهدات غير قابلة للرجوع فيها ومنفصلة عن العقد والعقود التي ترتكز عليها (٧) .

وجاء هذا النص باللغة الانجليزية على النحو التالي :

(Guarantees by their nature are irrevocable engagements and Separate transaction From the Contract an which they may be based and banks are in no way Concerned with or bound by such Contract, regardless of any reference whats oever to Such Contract included in a guarantees).

(٦) انظر النص باللغة الانجليزية د\* علي جمال الدين عوض : خطابات الضمان \* المرجع السابق . ملحق الفرع الأول ص ٢٠٩ وما بعدها .

(٧) انظر د\* علي جمال الدين عوض : عمليات البنوك \* المرجع السابق ص ٦٢٧ .

وتضمنت المواد من ٧ - ١٢ الاحكام الباحثة في مسؤوليات الضامن سواء كان البنك أم شركة التأمين / كما تضمنت نصوص المواد من ١٣ - ٢٢ الاحكام الباحثة في الشروط والضمانات ، وورد الحديث عن مطالبة المستفيد للضامن في المادة ٢٣ التي حددت في فقراتها من (أ) الى (و) شروط هذه المطالبة ، وما يخرج عن طبيعة خطاب الضمان وخصائصه التي ورد الحديث عنها في السابق كما ذكرها الفقه واستقرت بشأنها أحكام القضاء ما نصت عليه الفقرة (هـ) من المادة ٢٣ من القواعد الموحدة عندما أوجبت على البنك الضامن ان يخطر الأمر بمطالبة المستفيد وورد النص كما يلي (٨) :

(A bank which was instructed by an applicant for the issue of a guarantee shall, advise the applicant of a beneficiary's Claim by expeditious Means).

« البنك الذي كلف من أمر باصدار الضمان يجب عليه ان يخطر الأمر بمطالبة المستفيد بوسيلة سريعة » .

أما المواد ٢٤ - ٣٤ من القواعد فتحدت نصوصها عن انقضاء الضمان وينقضي الالتزام بالضمان وفق هذه النصوص كما يلي :

١ - بانقضاء مدة معينة أو واقعة محددة أو تاريخ محدد أو أية عبارة ترد في الخطاب وتدل على الانقضاء .

٢ - بتنازل المستفيد عن الخطاب وذلك كان يطلب الغاء ( الغاء الضمان أو التخلي عنه ) .

٣ - انقضاء مدة التمديد التي طلبها المستفيد ووافق عليها الضامن .

---

(٨) انظر النص في مشروع القواعد الموحدة منشور في د. علي جمال الدين هوش : خطابات الضمان . المرجع السابق ص ٣١٧ .

وتضمنت المادة ٣٤ حكماً يقضي بامتداد تاريخ الضمان الى اليوم  
الأول الذي يلي يوم إغلاق البنك بمعنى انه اذا صادف آخر يوم في مهلة  
خطاب الضمان عطلة رسمية فان اليوم التالي ليوم العطلة يعتمد أساساً  
لنهاية المدة بحيث يستطيع المستفيد ان يطالب البنك بالدفع في ذلك  
اليوم (٩) .

---

(٩) انظر د. علي جمال الدين موسى : عمليات البنوك . المرجع السابق ص ٦٣٥ وخطابات  
الضمان المصرفية . المرجع السابق . الملحق . النص الانجليزي المادة ٣٤ ص ٣١٣ .

## المبحث الثالث

### الأساس القانوني لخطابات الضمان

٩٦- ما هو التكييف القانوني لخطاب الضمان ؟ ، وما هي طبيعته القانونية ؟ وخصائصه التي تميزه عن غيره ؟ من هم اطرافه ؟ هذه الأسئلة والاجابة عليها تؤدي الى معرفة الأساس القانوني لخطاب الضمان ، وسنحاول في هذا المبحث ان نرد خطاب الضمان كاحدى عمليات البنوك الى أساسه القانوني بعد مناقشة خصائص هذا الخطاب وتميزه عن غيره في المطلب الأول ، وبيان اطرافه في المطلب الثاني ، وفي المطلب الثالث سنناقش التكييف القانوني لخطاب الضمان وبيان طبيعته من الناحية القانونية .

ويجدر بالذكر ان ما يدفعا لتقصي الأساس القانوني لخطابات الضمان هو ذلك الدور الهام الذي تلعبه في الحياة الاقتصادية والتجارية **أولاً** ، وقلة الاحكام القضائية والابحاث الفقهية ثانياً ، أما السبب في ذلك فهو ان اغلب المنازعات في هذا الموضوع تعرض على هيئات التحكيم ، فضلاً عن اعتماد العرف كمصدر رئيس وهام من قبل المحاكم وهيئات التحكيم (١) .

---

(١) انظر حكم صادر عن إحدى هيئات التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية في باريس بتاريخ ١٩٨٥/٢/١٩ منشور في ٥٠٠ ص ٥٠٢ من الدين اسماعيل علم الدين ، منصة التحكيم التجاري الدولي ط ١٩٨٦ ص ٢٠٢ ، وراجع ايضاً :

H. L. Bedi, V. K. Hardikar Practical Banking advances - Delhi -  
7 ed. 1986 P. 184.



## المطلب الأول

### الخصائص المميزة لخطابات الضمان

٩٧- قررنا فيما سبق ان خطاب الضمان لا يعتبر كفالة وفقاً لقواعد انقانون المدني التي تجعل الكفالة عقداً تابعاً لعقد أصلي اتجهت نية الكفيل الى ضمان تنفيذه ، وانتهينا الى ان تبعية التزام الكفيل للالتزام الذي انشاء العقد الأصلي لا يمكن تصورها في خصوص الالتزام الذي انشاء خطاب الضمان بعد ان تأكد لنا اختلاف هذا الالتزام عن الالتزام في العقد الأصلي ، وهو على ما اسلفنا بالنسبة لخطاب الضمان « تمهد بدفع مبلغ من المال عند أول مطالبة ، بينما التزام المدين في الكفالة هو القيام بعمل معين » .

وهكذا نجد ان الفقه قرر ان عقد الكفالة تابع بطبيعته ولا يجوز ان يكون له محل يختلف عن موضوع الالتزام الأصلي (١) .

وفي هذا يقول الدكتور علي جمال الدين عوض ان تنظيم الكفالة كله يدور حول هذا الاعتبار الجوهرى : كون التزام الكفيل تابعاً لالتزام المدين ، يدور معه في وجوده وصحته وفي مقداره الأقصى ، وفي استحقاقه ، وفي بقائه وانقضائه (٢) .

(١) الطر

Aubry et Rau; Cours de Droit Civil Français tome vi;  
No. 423, P. 224.

Planiol et Ripert; traité pratique de Droit Civil Français tome  
xi 2e édition. No. 1510, 1513et 1515.

(٢) د. علي جمال الدين عوض : عمليات البنوك . المرجع السابق ص ٨٦ و اشار الى الفقه المصري الذي قرر هذه الحقيقة المرحوم د. عبدالرزاق السنهوري . المرحوم الدكتور محمد كامل مرسي . د. منصور مصطفى منصور . وزايج د. أحمد زكي الشيتي وفاروق غلاب : المرجع السابق ص ٥٧ ابحاث .

أما التزام البنك في خطاب الضمان والمظاهر التي تدل عليه فتوضح خصائص هذا الخطاب انه التزام أصلي ومباشر ومستقل عن التزام المدينين .

وهذه الخصائص تحقق لخطاب الضمان صفة ملازمة له استقرت لصيقه به بعد ان تعارف عليها العمل المصرفي وهي ، ان خطاب الضمان اصلح للمستفيد الدائن من الكفالة ، وهذه الصفة في الخطاب كانت الغاية التي سعى لتحقيقها العمل المصرفي ، .وفعلا استقر العرف والقضاء على خصائص لا تتحقق الغاية من خطاب الضمان الا بتوافرها فيه وتستعرض خصائص خطاب الضمان في البنود التالية :

#### ٩٨- أولا - استقلال الالتزام في خطاب الضمان :

نعني باستقلال الالتزام في خطاب الضمان الاختلاف فيما بين هذا الالتزام والالتزام الكفيل في عقد الكفالة ، وهذا الاختلاف معناه انفصال الالتزام الناشئ عن خطاب الضمان وإستقلاله عن كل علاقة أخرى ، بما يعني انه يمتنع على البنك الذي التزم بموجب خطاب ضمان أصدره لصالح المستفيد بناء على طلب عميل له القدرع بأي سبب يؤدي الى عدم دفع قيمة الخطاب للمستفيد اذا طالب بذلك ضمن المدة المحددة فيه ، وبعد ذلك احد مظاهر استقلال التزام البنك ، ومن نتائج الوفاء الفوري رغم أية معارضة يبيديها عميل البنك ويسأل البنك الذي يمتنع أو يتراخى في دفع قيمة خطاب الضمان ، لان حبس قيمة الخطاب لا تستند الى أي أساس قانوني (٣) .

(٣) انظر د. رضا عبيد : المرجع السابق ص ٦٤٧ ويقول « انه يمكن للمستفيد مطالبة البنك بالتعويض او تلحق في دفع قيمة الخطاب حتى ولو لم يثبت الضرر الا يقرض الضرر بمجرد عدم مبادأة البنك بالدفع لدى الطلب أو وفقا لضرر العميل ، كما ان مساطلة البنك في الصرف قد يرضه في موقف الشخص بسبب النية بما يعني زيادة قيمة التعويضات التي يحكم بها عليه » .

وقضت محكمة النقض المصرية بأن « البنك في التزامه ب خطاب الضمان انما يلتزم بصفته المدين الأصلي في مواجهة المستفيد ، لا بوصف كونه نائباً عن عميله ، فاذا قام البنك بصرف مبلغ الضمان للمستفيد فانه ليس للعميل ان يتحدى بوجوب اعذاره هو قيل صرف مبلغ التعويض المبين في خطاب الضمان »<sup>(٤)</sup> واستقر القضاء في تونس ومصر على ان التزام البنك بالوفاء للمستفيد التزام أصيل وليس بالوكالة عن العميل ، وإن علاقة البنك بالمستفيد الذي صدر خطاب الضمان لصالحه هي علاقة منفصلة عن علاقته بالعميل ، وإن البنك يلتزم بمجرد اصدار خطاب الضمان ووصوله الى المستفيد وإن المبلغ الذي يطالب به الأخير باعتباره حقاً له يحكمه خطاب الضمان ما دام في حدود التزام البنك بمصدر الخطاب<sup>(٥)</sup> .

وهكذا فإن الطابع الأصلي الاستقلالي ل خطاب الضمان يعد بحق الفارق الجوهرى بينه وبين الكفالة المصرفية ، ويستدل على هذا الطابع من عدة مظاهر .

**أولها** كون الالتزام مجرداً (abstrait) عن أية علاقة سابقة سواء علاقة البنك بعميله الأمر أو علاقة هذا الأخير بالمستفيد .

**وثانيها** عندما يكون التزام البنك مباشراً بما يعني ان البنك يلتزم وفاء بمبلغ الخطاب للمستفيد متى طلب الأخير ذلك ، وليس للبنك التراخي في الوفاء بمقولة مؤال عميله أو اعلانه .

(٤) نقض مصري . الطعن ٣٧٠ السنة ٢٩ جلسة ١٤/٥/١٩٦٤ من ١٥ ص ٦٩١ والطعن ٤١٤ سنة ٢١ جلسة ١٥/٤/١٩٥٤ مجموعة ٢٥ عاملاً بند ١ ص ٢٢٠ الطعن ١٠٦ سنة ٣٧ ق و ١١ سنة ٤٠ : جلسة ١٤/٣/١٩٧٣ من ٢٣ ص ٤٠١ .  
(٥) انظر مجموعة أحكام صادرة عن محكمة النقض المصرية وتتمثل ب خطاب الضمان واستقلال الالتزام الناشء عنه . د . أحمد حسني : المرجع السابق ص ٢١٧ وما بعدها .  
وراجع د . حياة شحاته : المرجع السابق ص ٣٢٨ .

**وثالثها** ان يكون التزام البنك في خطاب الضمان باتا (نهائياً) بمعنى ان البنك لا يمكنه الرجوع عن تعهده الصادر بموجب الخطاب ولا رفض الوفاء بالمبلغ عند الطلب .

وبالنسبة للمظهر الأول من المظاهر السالفة فانه يترتب على كون التزام البنك في خطاب الضمان مجرداً انه لا يجوز للبنك ان يتمسك في مواجهة المستفيد بأية دفع مستمدة من علاقته بعميله ، كان يتمتع عن الوفاء بحجة ان عميله لم يقدم غطاء خطاب الضمان ، ومن جهة ثانية لا يجوز للبنك ان يتمسك في مواجهة المستفيد بأية دفع مستمدة من علاقته هذا الأخير بالعميل ، كان يتمتع عن الوفاء بحجة ان العقد قد فسخ أو لسبب الدفع بعدم التنفيذ أو اخلال المدين بالتزامه في مواجهة المستفيد (٦) .

اما بالنسبة للمظهر الثاني من المظاهر فيترتب على كون التزام البنك في خطابات الضمان التزاماً مباشراً هو ان هذا الالتزام متبنت الصلة عن العلاقات السابقة عليه ، بما يعني ان البنك اذا دفع مبلغ الخطاب للمستفيد فانه لا يقوم بذلك بصفتة نائباً أو ممثلاً لعميله بل بصفتة ملتزماً في مواجهة المستفيد كمدين ، وهذا ما يؤكد المظهر الأول بان التزام البنك في خطاب الضمان غير تابع لغيره بل هو مستقل وواجب التنفيذ بمجرد صدور الطلب من المستفيد ، ورغم أية معارضة من العميل .

(٦) انظر د. محسن شليق : القانون التجاري جزء ٢ ط ١٩٦٨ فقرة ٥٤٧ ويقول في ذلك د ولما كان التزام البنك قبل المستفيد مستقلاً عن التزام العميل قبل المستفيد فان الكفالة المصرفية التي يحققها خطاب الضمان تختلف في جوهرها عن الكفالة المادية التي ينظمها القانون المدني على أساس تبعية التزام الكفيل لالتزام المكفول صحة وبطلاناً ووجوداً وعدمه .

فالالتزام البنك ليس تابعا لالتزام العميل ، وانما هو التزام قائم بذاته يوجب على البنك الاداء ولو ابطل التزام العميل قبل المستفيد أو فسخ ، وشان العميل بعد ذلك والمستفيد يقاضيه لاسترداد ما قبضه من البنك بدون وجه حق . ومن الواضح ان كل رأي أو تفسير يهدف الى ربط التزام البنك بالتزام العميل أو الى اقامة علاقة سببية بينهما يتضي ان يستبعد لانه يقوض خطابات الضمان من أساسها ويقضي على الفائدة المرجوة فيها .

وأكد القضاء الفرنسي والمصري هذا المظهر لخطاب الضمان بالقول « انه ، وإن صدر الخطاب تنفيذاً للعقد المبرم بين البنك والمدين المتعامل معه إلا ان علاقة البنك بالمستفيد الذي صدر خطاب الضمان لصالحه هي علاقة منفصلة عن علاقته بالعميل ، ويلتزم البنك بمقتضى خطاب الضمان وبمجرد اصداره ووصوله الى المستفيد بوفاء المبلغ الذي حددته الخطاب باعتباره حقاً للمستفيد يحكمه الخطاب » (٧) .

أما بالنسبة للمظهر الثالث من المظاهر فيترتب على كون التزام البنك في خطاب الضمان باتاً ونهائياً ان هذا الالتزام يعتبر تلقائياً في مواجهة المستفيد على نحو يمكن لهذا الأخير الحصول على مبلغ الخطاب بمجرد تقديم طلب الى البنك لدفع قيمته .

وتفسير ذلك ان الضامن عندما يصدر عنه خطاب الضمان يصبح ملتزماً بما تعهد وفاء منذ وصول الخطاب الى علم المستفيد وعدم رفضه له ، ولا يكون للبنك بعد ذلك الرجوع في الخطاب أو تعديله أو الامتناع عن الوفاء به لأي سبب من الأسباب حتى ولو اعترض العميل (٨) .

وعلى اساس ما تقدم فانه لا يتوقف الوفاء بمبلغ خطاب الضمان الى المستفيد اذا طال به اثناء المدة المحددة فيه على إخلال المدين بالتزامه ولا على حلول أجل المحدد لتنفيذ الالتزام دون التنفيذ ، ولا على موافقة العميل .

وقضت محكمة النقض المصرية في حكم حديث لها بالقول « انه لا كان الأصل في خطاب الضمان الا يتوقف الوفاء به على واقعة خارجية عنه ولا على تحقق شرط ولا حلول أجل ، ولا يشير من ذلك أنه يرتبط لتنفيذه بواقعه ترجع الى المستفيد من خطاب الضمان ... الخ » .

(٧) النظر : نقض مصري رقم ٦٤٨ لسنة ٤٨ ق جلسة ١٢ نيسان ١٩٨٢ مشار اليه في

د - بشارتي نجاة : المرجع السابق ص ٥٨٦ هامش ٢ وراجع :

Trib. grande inst. Paris, 13 mai 1980 Précité.

(٨) نقض مصري جلسة ١٩٨٥/١٢/٣٠ مشار اليه في د - علي جمال الدين عوض : عمليات

البنوك . المرجع السابق ص ٥٩٤ .

وقضت كذلك بأنه « إذا ما أصدر البنك خطاب ضمان لكفالة عميله ، فإن علاقة البنك والشروط التي تربطه يحكمها هذا الخطاب وحده ، وعبارته هي التي تحدد التزام البنك والشروط التي يدفع بمقتضاها ، حتى إذا ما طُلب بالوفاء في أثناء سريان أجل الضمان وتحققت الشروط وقدمت إليها المستندات المحددة في الخطاب وجب عليه الدفع فوراً » (٩) .

#### ٩٩- ثانياً - الالتزام في خطاب الضمان موضوع الوفاء بمبلغ من النقود خلال مدة محددة :

وهذا الالتزام يتميز به خطاب الضمان عن الكفالة المصرفية لأن التزام البنك في خطاب الضمان يكون دائماً مبلغاً من النقود معيناً أو قابلاً للتعيين ، وهو محل خطاب الضمان الذي لو كان غير ذلك « كأن يكون التزاماً لضمان الوفاء » لأصبح الموضوع عقد كفالة عادية يرتبط بواقعة خارجية ، وهو ما تأباه طبيعة خطابات الضمان المصرفية .

وهذه الخصيصة لخطاب الضمان تميزه عن الكفالة المصرفية التي يتعهد بموجبها الكفيل بتنفيذ الالتزام إذا تخلف المدين به عن تنفيذه ، كما تميزه أيضاً عن التعهدات التي تصدرها بعض الشركات وتضمن بموجبها تنفيذ التزام المدين (Performance Bond) .

أما لجهة المدة فخطاب الضمان يمتاز بالفورية كخصيصة ملازمة له ، لأن المستفيد بقبوله لخطاب الضمان يتمتع بميزة السداد الفوري ، وعلى ذلك يدفع البنك مبلغ الخطاب إذا طلب منه دون مناقشة للمستفيد في مدى قيامه بتنفيذ التزاماته قبل العميل إلا إذا كان خطاب الضمان مشروطاً أي نص على عدم الدفع إلا عند تحقق شرط معين .

(٩) لقى مصري • جلسة ١٩٨٠/١٢/٢٢ المرجع السابق ص ٥٩٦ • والظر حكم محكمة التحكيم في غرفة التجارة الدولية الصادر بتاريخ ١٩٨٥/٢/١٩ وورد فيه « أن التجارة الدولية تحتاج إلى تشجيع الأطراف على صياغة شروطهم بوضوح » ويتبين أن يكون خطاب الضمان غير مشروط ونهائي

( An unconditional Irrevocable Performance guarantee ) .

وعلى هذا الأساس لا يستحق خطاب الضمان في تاريخ لاحق لاصداره بما يعني انه مستحق الاداء فور صدوره ، وتبقى صلاحية مدة استحقاقه مقرونه بمدة الخطاب ذاته ، ولا يعتبر التاريخ المذكور في الخطاب أجلا لاستحقاقه (١٠) بل هو الحد الأقصى لسريانه ، ومعنى ذلك ان البنك يلتزم دفع المبلغ المحدد في الخطاب خلال المدة المحددة فيه اذا طالب المستفيد بذلك ، وانه اذا طالب المستفيد البنك دفع مبلغ الخطاب بعد انقضاء المدة فلا يلتفت الى مطالبته .

وجرى العرف المصرفي ان لا يطالب المستفيد بمبلغ الخطاب الا باقرب وقت الى نهاية أجله ، ومع ذلك فمن الجائز الاتفاق على عدم صرف مبلغ الخطاب الذي اقتررب أجل انقضائه ، على أساس ان يمتد هذا الأجل ، وبهذه الحالة يتفق المستفيد والعميل على تمديد مدة صلاحية خطاب الضمان ، ويقوم العميل بصدوره بالطلب الى البنك لابلغ المستفيد تمديد مدة الخطاب (١١) .

وليس من حق البنك تمديد أجل خطاب الضمان دون الرجوع الى العميل ولا يمكنه الاحتجاج في وجه العميل بأنه كان فضولياً عند التمديد ، ولا نرى كما رأى بعض الفقه ان البنك الذي مد أجل خطاب الضمان

---

(١٠) يتضمن الخطاب في عباراته ان مدة صلاحيته تنتهي بتاريخ معين كان يقال « انصدح مبلغ مبلغ ... خلال مدة تنتهي بتاريخ ١٢/٣١/١٩٩٠ » وهذا التاريخ ينقضي به التزام البنك وتبرأ لعمته ، اما قبل هذا التاريخ والى الوقت الذي صدر به الخطاب فتعتبر هي المدة الواجب مطالبة البنك بمبلغ خطاب الضمان اثناءها .

(١١) لا يفرق البنك بين أجل خطاب الضمان دون الرجوع الى العميل لانه لو فعل ذلك دون أمر من العميل كانا يتصرف على مسؤوليته ، وان يكون باستطاعته الرجوع الى العميل ، انظر نقض مصري الطعن ٩١١ لسنة ٤٧ ق جلسة ١٢/٣١/١٩٧٨ ، الطعن رقم ١٥٩ لسنة ٤٦ ق جلسة ١١/٢/١٩٨٠ والطعن رقم ٤٩ ق جلسة ١٢/٢٢/١٩٨٠ وقررت محكمة النقض انه « من المقرر انه وان كان البنك مصدر خطاب الضمان يلتزم بسداد قيمته الى المستفيد بمجرد مطالبته بذلك اثناء سريان أجله دون حاجة الى الحصول على موافقة العميل ، الا انه لا يسوغ للبنك مد أجل خطاب الضمان الا بموافقة العميل » .

يمكنه اذا دفع قيمته للمستفيد ان يرجع بما دفع على العميل . لان تصرف الفضولي وفق الشروط التي تضمنتها الاحكام الباحثة في هذا الشأن في القانون المدني لا تنطبق بتاتا على تصرف البنك بمد أجل خطاب الضمان .

وذميت محكمة النقض المصرية في هذا الأمر الى رفض الطعن الذي تقدم به البنك على أساس ان من حقه مد أجل خطاب الضمان تلقائياً دون موافقة العميل طبقاً لاحكام الفضالة (١٢) وقالت المحكمة « ٠٠٠ » وحيث ان هذا الذي غير سديد ، ذلك لانه وان كان البنك مصدر خطاب الضمان يلتزم بسداد قيمته الى المستفيد بمجرد مطالبته بذلك اثناء سريان أجله دون حاجة الى الحصول على موافقة العميل ، الا انه لا يسوغ للبنك مد أجل خطاب الضمان الا بموافقة العميل « ٠٠٠ » (١٣) .

#### ١٠٠ - ثالثاً - خطاب الضمان ذو كفاية ذاتية :

الكفاية الذاتية احدى خصائص الأوراق التجارية ، وتعني ان السند الذي يمتاز بها لا يحتاج حامله لاثبات حقه فيه الى غير ذلك السند ، أي ان هذا السند يكفي بحد ذاته بما يتضمنه من البيانات للحكم على أساسه بما تضمنه .

واذا كانت الأوراق التجارية تمتاز بهذه الخصيصة لابقاء الثقة فيها وتشجيع الأشخاص على الانضمام على التعامل بها وقبولها ، فان علة وجود هذه الخصيصة في الأوراق التجارية تماثل العلة في خطاب الضمان الذي أراد له المتعاملون به ان يكون كافياً بحد ذاته لاثبات الحق الثابت به من خلال بيانات تضمنتها دونما استعانة بما يخرج عنها من مستندات أو أوراق أو وقائع .

---

(١٢) انظر في الرأي الذي يقرر للبنك الرجوع بدعوى الفضالة « د علي جمال الدين عوض : عمليات البنوك » المرجع السابق ص ٤٩٢ .  
« د سميرة القليوبي : القانون التجاري ط ١٩٨٦ ص ١١٣ .  
(١٣) نفس مصري الطعن رقم ٩١١ لسنة ٤٧ جلسة ١٩٧٩/١٢/٢١ .



وهكذا فإن الخطاب الذي يصدره البنك بناء على طلب عميله لصالح شخص آخر يسمى المستفيد يتمهد بموجبه البنك ان يدفع الى هذا الأخير خلال مدة محدودة مبلغاً أو قابلاً للتعيين ، وهذا التعهد من جانب البنك يمثل التزامه في مواجهة المستفيد ، بمعنى انه لا يتوقف هذا الالتزام على عنصر خارجي لا يتحقق الا بتحقيقه ، وهو ما يجعل المستفيد مطمئناً عندما يتسلمه يانه تسلم نقوداً وبذلك فان خطاب الضمان يكون قد حل محل النقود ، على انه اذا لم تكن صيغة الخطاب دالة على الوظيفة الاقتصادية له بأن يحل محل النقود ، فان الخطاب يفقد شرط الكفاية الذاتية كخصيصة هامة ، وانه اذا فقدنا فبسبب تعليق استحقاق مبلغ الخطاب على واقعة خارجة عنه مثل عدم تنفيذ الالتزام الذي كان سببه ، لذلك لا بد ان يكون خطاب الضمان كما هو الأصل مستحق الوفاء به بعد تبليغه للمستفيد وان لا يتوقف هذا الوفاء على واقعة خارجية عنه أو تحقق شرط أو حلول أجل (١٤) .

وخصيصة الكفاية الذاتية شرط يضمن ان تلازم خطاب الضمان بما يعني ان هذا الخطاب يكفي بحد ذاته لبيان عناصر الحق الثابت فيه من حيث مضمونه ومقداره واستحقاقه على نحو يمكن للخطاب اداء وظيفته الاقتصادية التي ارادها له المتعاملون به وهي حله محل النقود شأنه شأن أوراق البنكنوت والأوراق التجارية .

وهكذا تبين لنا ان الخصائص التي يتميز بها خطاب الضمان عن الكفالة المصرفية والتي اوردناها فيما سبق يمكن وضعها في ثلاثة معايير :

الاول - الطبيعة الاستقلالية لالتزام البنك في خطاب الضمان .

الثاني - نطاق التزام البنك من حيث محل الالتزام ومدته .

الثالث - معيار الوفاء الفوري وفق اصطلاح « ادفع أولاً وقدم دفعوك بعد ذلك » (Payer d, abord et réclame en suite) بمعنى « ادفع أولاً وطالب بعد ذلك » .

(١٤) لفتن مصري جلسة ١٩٨٥/١٢/٣٠ • مشار اليه في د- علي جمال الدين عوض : المراجع السابق ص ٥٩٤ .

وهذه المعايير أدت الى استخلاص الخصائص التي تميز بها خطاب الضمان عن الكفالة المصرفية على النحو التالي :

- ١ - ان خطاب الضمان يمثل مبلغاً من النقود يكون معيناً أو قابلاً للتعيين .
- ٢ - ان التزام البنك في خطاب الضمان بات ونهائي في مواجهة المستفيد .
- ٣ - ان التزام البنك في مواجهة المستفيد مستقل عن الالتزام الذي كان سبباً في نشوئه ، وهذا الالتزام على عاتق البنك يتعين الوفاء به ، ليس بالوكالة عن العميل بل بصفته التزاماً أصيلاً في ذمته .
- ٤ - خطاب الضمان يمتاز بتخصيص شرط الكفاية الذاتية شأنه شأن الأوراق التجارية .

ويترتب على هذه الخصائص نتائج اثينا على ذكرها عند الحديث عن أوجه الشبه والخلاف بين الكفالة المصرفية وعمليات البنوك الأخرى (١٥) .

وهناك خصائص أخرى لخطاب الضمان لا نريد التصدي لها لأنها تشترك فيها مع الكفالة المصرفية ، وهي ان خطاب الضمان عقد ملزم لجانب واحد (١٦) ويقوم على الاعتبار الشخصي ورضائي بالإضافة الى انه ذو صفة تجارية (١٧) .

---

(١٥) راجع ما سبق . أوجه الشبه والخلاف بين الكفالة المصرفية وعمليات البنوك الأخرى . ص ٥٤ .

(١٦) انظر د. علي جمال الدين عوض : خطابات الضمان . المرجع السابق ص ١٢٩ .  
(١٧) انظر نقض مصري . طعن رقم ٤١١ سنة ٤٩ ق جلسة ١٣/٤/١٩٨١ وتضمن الحكم ان « جميع أعمال البنوك ومن بينها إصدار خطابات الضمان تعتبر عملاً تجارياً طبقاً لنص اللقائين ٤ ، ٥ من قانون التجارة ولو تمت بصفة منفردة أو لصالح شخص غير تاجر » .

## المطلب الثاني

### أطراف العلاقة في خطابات الضمان المصرفية

لا يصدر خطاب الضمان إلا بعد اتفاق يتم فيما بين عدة أطراف ، ويرتب على عاتق كل طرف التزامات هي في حقيقتها آثار عقد تم إبرامه .  
وخطاب الضمان يصدر بمناسبة عملية متمدة الأطراف والاغراض ، وهذه العملية ينشأ بمناسبة علاقات قانونية تنتهي في مجموعها بقيام أحد اطرافها باصدار خطاب الضمان ويتعهد بموجبه ان يدفع الى طرف آخر مبلغاً معيناً من النقود خلال فترة محددة ، ويمكن تحديد هذه العلاقات في التصورات التي تظهر اطراف هذه العلاقات بانهم الأمر والمستفيد والبنك .

#### ١٠١ - علاقة الأمر بالمستفيد :

هذه العلاقة هي الأساس في اصدار خطاب الضمان ، لانها نشأت فيما بين الأمر ( عميل البنك ) والمستفيد ( دائن الأمر ) بمناسبة مشروع او عملية تجارية التزم بموجبها الأمر ان يقدم الضمان الذي طلبه المستفيد ، وهذا الالتزام هو الذي دفع بالأمر الى البحث عن شخص يقدم هذا الضمان فتولدت علاقة جديدة كما في البند التالي .

#### ١٠٢ - علاقة الأمر بالبنك :

إذا كان المستفيد رضي بقبول الضمان الذي سيتقدم به الأمر ليكون عوضاً عن النقود ويسد مسدها ، فإن هذا الأمر سيلجأ الى شخص مليء يرضى به المستفيد كضامن للوفاء يحل محل الأمر . لذلك يتفق مع البنك الذي يتعامل معه ليصدر خطاب الضمان بخصائصه السالف ذكرها لصالح ذلك المستفيد ويتعهد بنسخ مبلغ معين أو قابل للتعيين خلال مدة محددة .

ومن هذه العلاقة فيما بين الأمر والبنك تتولد علاقة جديدة كما في البند التالي .

#### ١٠٣- علاقة البنك بالمستفيد :

عندما يوافق البنك على طلب الأمر فإنه يوجه الى المستفيد خطاب الضمان بتلك الشروط التي تم الاتفاق عليها فيما بين الأمر والمستفيد ، وتتولد علاقة البنك مع المستفيد على نحو يلتزم البنك بموجب هذا الخطاب في مواجهة المستفيد ان يرفع قيمته خلال مدة محددة اذا طلب اليه ذلك .

وهكذا نجد ان هناك ثلاث علاقات قانونية كل واحدة منها تقوم بمفردها وتستقل بآثارها والتزامات اطرافها عن الأخرى ، ولا يصني ارتباط واحدة منها مع غيرها من حيث انها كانت سببها انها تابعة لها .

وان الارتباط فيما بين العلاقات السالفة الذكر مهما كان أساسه فإنه رغم ما انتهى اليه ، فان علاقة البنك بالمستفيد والتزامات طرفي هذه العلاقة وما ترتب عليها من آثار تبقى مستقلة تماماً عن غيرها من الالتزامات التي أنشأتها العلاقات الأخرى رغم ما قيل بخصوص الأمر من انه لم يكن يسعى لانشاء علاقة قانونية مع البنك لولا علاقات سابقة أو محتملة مستحق فيما بينه وبين المستفيد(١) .

وخطاب الضمان بالخصائص التي تميزه والذي صدر بمناسبة العلاقات الثلاث التي ذكرناها يقوم بإدائه وظيفته على أساس من التفرقة بين هذه

(١) انظر د. رضا عبيد : المرجع السابق ص ٣٨٤ ويقول في هذا الصدد « ويلاحظ ان هذه العلاقات مستقلة كل منها عن الأخرى ، فلا يوجد ارتباط بين كل طرف والأخر ، فلا يوجد مثلاً علاقة سابقة بين البنك والمستفيد تحول للمستفيد الزام البنك باصدار خطاب لصالحه ، أو تحول له التبخل في علاقة البنك مع طالب خطاب الضمان أي العميل ، كما انه يصدر خطاب الضمان تنشأ علاقة جديدة بين المستفيد والبنك مستقلة عن علاقة المستفيد والعميل ، ويظهر هذا الاستقلال في الآثار الترتبية على عقد اصدار خطاب الضمان » .

العلاقات ، ذلك انه لو تصورنا ان أساس العملية هو مشروع مقولة أعلن عنه مالك المشروع ، فتقدم منه المقاول لتنفيذه فاشتراط الأول على الثاني ان يقدم له خطاب ضمان ، فيلجأ المقاول الى البنك الذي يتعامل معه ليضع بين يديه فكرة المشروع ، فيوافق البنك بعد ان يضمن ان خطاب الضمان الذي سيصدره بحد أدنى من المخاطر ، وان العميل (المقاول) سيضع لهذا الخطاب غطاءً يوازي مقدار قيمته ، وتكون علاقة البنك بعميله محكومة بمقدار الاعتماد بالضمان ، في حين يحكم علاقة المقاول بصاحب المشروع عقد المقاوله ويحكم علاقة البنك بصاحب المشروع وهو المستفيد من خطاب الضمان هذا الخطاب وحده .

ونرى ان هذه العلاقة عبارة عن عقد أبرمه طرفان ، الأول البنك عندما أعلن بإرادته عن صدور التصرف من قبله وهذا التصرف القانوني التقى بموافقة المستفيد كتصرف قانوني من جهة أخرى ، فأنعقد فيما بينهما عقد انشأ التزاماً على عاتق البنك بأن يدفع للمستفيد المبلغ المحدد في الخطاب عندما يطالبه به وعلى شرط ان تتم المطالبة ضمن المدة المحددة (٢) .

ولعل في تصور مراحل العلاقة فيما بين البنك والمستفيد ما يبرر وجهة نظرنا ان علاقة البنك بالمستفيد عقدية فالبنك يوجه الى المستفيد خطاب الضمان المتفق على شروطه من حيث مقداره ومدة سريانه وعدم جواز المعارضة في الوفاء به ، وعند تلقي المستفيد هذا الخطاب يحتفظ به اذا لم يكن له عليه اعتراض ، وهذا يعني ان علم الاعتراض على الخطاب قبول بشروطه .

---

(٢) انظر د. علي جمال الدين عوض : عمليات البنوك . المرجع السابق ص ٩٨  
ويرى ان العلاقة فيما بين البنك والمستفيد لا تعتبر عقداً ويبرر ذلك بالقول « صحيح ان المستفيد في مطالبته البنك يلتزم الشروط الواردة في الخطاب ولكن ليس لانه طرف في عقد بينه وبين البنك بل لان هذه هي حدود التزام البنك كما بينها البنك في الخطاب المنفي لالتزامه قبل المستفيد » .

وينبغي على ذلك ان الأمر يكون قد فاز بالعملية التي صدر هذا الخطاب لأجلها ، وبخلاف ذلك يستطيع المستفيد ان يرفض خطاب الضمان وذلك بإعادته الي مصدره لأي سبب يراه ، كان يكون المبلغ أقل من المتفق عليه مع الأمر أو مدة سريانه أقل مما تم الاتفاق عليه ، أو ان هناك شرطا يقلل من فاعلية الخطاب .

وبالنتيجة فانه اذا كان المستفيد يملك قبول أو رفض خطاب الضمان ، فان ذلك يجعل من القبول أو الرفض عملا من جانب المستفيد ، وهذا العمل هو التصرف القانوني الذي يتخذ على أساسه عقد فيما بين البنك والمستفيد ، ومن جهة أخرى لا تترتب أية آثار اذا رفض المستفيد قبول الخطاب الذي أصدره البنك لصالحه ، بما يعني ان العقد لا يتخذ اذا رد المستفيد ايجاب البنك<sup>(٣)</sup> ، وهذا ما قرره المادة ٩٥١ من القانون المدني عندما نصت على انه « يكفي في انعقاد الكفالة ونفاذها ايجاب الكفيل ما لم يردها المكفول له » وينطبق هذا الحكم على خطاب الضمان الذي قررنا انه احدى صور الكفالة ، ولا يتناقض ذلك مع القول ان خطاب الضمان كاحدى صور الكفالة المصرفية خصائص يمتاز بها عن الكفالة .

---

(٣) انظر د . محي الدين اسماعيل علم الدين : المرجع السابق ص ٥٦٧ .

## المطلب الثالث

### الطبيعة القانونية لخطابات الضمان المصرفية

١٠٤- بينما فيما سبق طبيعة التزام البنك الناشئ عن خطاب الضمان ،  
وقلنا بان هذا الالتزام من جانب واحد ، وانه مستقل عن غيره من  
الالتزامات التي أنشأتها عقود أخرى سبقتة ، وذكرنا ان الخطاب ليس  
ورقة تجارية رغم ان له بمضى صفاتها وخصائصها ، وانه يقوم على الاعتبار  
الشخصي ، ومحلّه مبلغ من النقود ، وانه التزام مسبب بمعنى ان  
سببه يظهر في الخطاب .

وأخيراً نذكر بالفرق الدقيق بينه وبين الالتزامات التي تنشؤها عمليات  
أخرى ، وهذا الفرق هو الخاصية التي يمتاز بها وهو ان التزام البنك  
في خطاب الضمان مستقل ومنبت الصلة عن أي التزام آخر حتى ولو  
كان البنك متضامناً مع غيره في وفاء هذا الالتزام<sup>(١)</sup> .

وإذا كان التكييف القانوني لالتزام البنك وفق الخصائص المذكورة  
يدفعنا للقول ان هذا الالتزام تعهد البنك وفاءه بإرادته المنفردة ، فأننا  
لن نقرر ذلك قبل بيان الطبيعة القانونية لخطاب الضمان كمقدّم أنشأ  
التزامات يضمن الوفاء بها ، ولا قبل مناقشة الطبيعة القانونية التي تتضمن  
التكييف القانوني وهو ما يعني رد هذه العلاقة ضمن عملية خطابات  
الضمان الى الأساس القانوني الذي تستند اليه لما في ذلك من أهمية  
كبيرة بالنسبة الى تقرير المسؤولية الذي يتحدد وفقاً لتكييف العلاقة .

كذلك لو تم تكييف هذه العلاقة على انها علاقة الكفيل بالمكفول والمستفيد  
فيكون التزام الكفيل تابعاً لالتزام المكفول بما يعني انه ليس أصلياً وانه  
غير مستقل عن غيره ، اما اذا تقرر ان هذا الالتزام أصلي فتكون مسؤولية  
البنك أشد خطورة لان التزامه على هذا الوجه يكون مباشراً ومجرداً عن  
غيره ، ويفقد البنك بعض أوجه الدفوع التي للمدين الأصلي (المكفول) .

(١) انظر في هذه الخصائص د. علي جمال الدين عوفى : خطابات الضمان . المرجع  
السابق ص ١٢٦ وما بعدها .

وهكذا فإن الرأي حول طبيعة خطابات الضمان لم يكن واحداً بل كان الاختلاف حوله كبيراً ، وذهب الفقه والقضاء في بيان الطبيعة القانونية لخطابات الضمان مذاهب شتى ، وكيف البعض هذه العلاقة على أسس من عقد الكفالة<sup>(٢)</sup> وكيفها البعض الآخر على أساس الانابة القاصرة<sup>(٣)</sup> وقيل كذلك بأن هذه العلاقة إحدى صور القرض<sup>(٤)</sup> ورآها آخرون بأنها اشتراط لمصلحة الغير<sup>(٥)</sup> ، ويرى الكثير من الفقه ان التزام البنك في خطاب الضمان أساسه الإرادة المنفردة<sup>(٦)</sup> .

وحاول بعض الفقه الفرنسي ان يقرب فيما بين خطابات الضمان وعملية الاعتماد المستندي المؤيد على أساس انه في العمليتين لا يستطيع البنك الضامن ان يتمسك في مواجهة المستفيد بالدفع التي يملك المدين الأصلي الاحتجاج بها ، وذهب بعض الفقه المصري هذا المذهب عندما قرر ان التزام البنك في خطاب الضمان يشبه التزام البنك في مواجهة البائع المستفيد من عملية فتح الاعتماد المستندي ، وانه يقال في طبيعة الالتزام

---

(٢) انظر تجميعات النظريات التي قيلت بشأن الطبيعة القانونية لخطابات الضمان وتكيف العلاقة القانونية الناتجة عنها " د. محي الدين اسماعيل علم الدين : المرجع السابق ص ١٢٧ وما بعدها " د. سميرة القليوبي : المرجع السابق ص ٤٣ وما بعدها .  
ودارج راتب جوشي : محاضرة التثبيت بمسجد العراصات المصرية بالقاهرة . حزيران ١٩٦٠ بعنوان خطابات الضمان . ويرى ان تكيف العلاقة في خطاب الضمان يجد أساسه في عقد الكفالة .

(٣) انظر د. أحمد زكي الدينتي وفاروق غلاب : المرجع السابق ص ٥٧ .  
(٤) انظر نقض مصري جلسة ١٩٦٩/١٢/٣٠ - مجلة المحاماة السنة ٥٢ ص ٨٠ وما بعدها .  
(٥) انظر د. محي الدين اسماعيل علم الدين : المرجع السابق ص ١٩٦ .  
(٦) اخذ بهذا الزاوي د. محمد حسني عباس : عمليات البنوك ط ١٩٦٨ ص ١٣٩ .  
د. علي جمال الدين عوض : عمليات البنوك . المرجع السابق ص ٥٠٤ ود. سميرة القليوبي : ص ٤٣ وما بعدها .



بخطابات الضمان كل ما يقال في طبيعة التزام البنك في مواجهة المستفيد من عملية فتح الاعتماد (٧) .

وبشأن الطبيعة القانونية للعلاقة في خطابات الضمان المصرفية نسوق بعض الآراء والنظريات التي قيلت في هذا الصدد ، وسيكون حديثنا في هذا الموضوع مختصراً ونحيل الى المؤلفات التي توسعت في الحديث عن هذه النظريات والآراء (٨) .

#### ١٠٥- خطاب الضمان عبوة عن عبور الكفالة :

رأي الفقه الفرنسي ومن بعده القضاء ان أحكام الكفالة كما وردت في القانون المدني كافية لتكون أساساً يرتد اليه التزام البنك في خطاب الضمان ، وتبعض بعض الفقه المصري هذا التوجه الى ان حل عقد الثمانينات

(٧) انظر في هذا الاتجاه .

Gavalda et stoufflet, 1 article Précité, no 11; vasseur, 1e sous D. S. 1979 P. 204.

وانظر في أحكام القضاء الفرنسي .

Cass. COM; 8 avril 1978. Bull. Civ 1978. IV, no. 103, paris, 23 janv. 1981. D. S. 1981 P. 680 note vasseur.

Cass. COM. 14. oct. 1981. D. S. 1982. P. 301, note vasseur.

وفي هذا الاتجاه انظر د. علي البارودي : العقود وعمليات البنوك التجارية ص ٣٤٩ ويقول : ان التزام البنك في خطاب الضمان يقبضه التزام البائع المستفيد في عملية فتح الاعتماد المستندي .

(٨) انظر د. سميرة التليوي : النظام القانوني لخطابات الضمان المصرفية فيما بين الاطراف وبالنسبة للفكر . بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد المبدد . مارس ، يونيو

عام ١٩٧٢ السنة ٤٢ ص ٤٣ وما بعدها .

د. بصراني نجاة : المرجع السابق ص ٥٤٧ .

د. حياة شحاته : المرجع السابق ص ٣٤٧ .

وانظر :

Ch. Gavalda et stoufflet, La letter de garantie international revue trimestrielle de droit Commercial et de droit economique P. 3.

الذي شهد تحولاً جذرياً من الفقه والقضاء الفرنسي والمصري عندما وجدوا ان أحكام الكفالة لم تعد مناسبة لتكيف التزام البنك في خطاب الضمان (٩) . وتحول التوجه الى القول ان الدائن يتوجه للبحث عن صيغة يضمن بها حقوقه ، وهذه الصيغة هي الضمان الذاتي الذي يلتزم بموجبه الضامن ازاءه بشروط مستقلة من الناحية القانونية عن العقد الأصلي ، وهذا الضمان يضمن ان يكون مجرداً بحيث يؤدي وظيفة اقتصادية مأمونة بالنسبة للدائن .

ويرى الفقه والقضاء منذ اوائل الثمانينات ان انتشار خطابات الضمان كان نتيجة الخصائص التي تتميز بها ، ومنها انها تغطي مخاطر كثيرة مثل ضمان حسن التنفيذ والدفع الأولى .

وعلى هذا الأساس نقول ان الفقه والقضاء حددا العلاقة في خطابات الضمان على أساس ان التزام البنك أصلي ومجرد عن غيره ومباشر وليس تابعا لالتزام العميل (١٠) .

وقضت محاكم كثيرة في العديد من الاحكام بان التزام البنك مستقل وهذه الاحكام تؤكد الاختلاف فيما بين هذا الالتزام والكفالة (١١) . وقضت

---

(٩) يقول الاستاذان جافلدا وستوفليه « ان أحكام الكفالة كما وردت في المواد ٢٠١٢ و ٢٠١٣ ، ٢٠٣٦ من القانون المدني الفرنسي لم تعد مناسبة وحالمة بدرجة كافية في التجارة الدولية ، لانها لا تلزم الكفيل الا بالقدر الذي يكون فيه المدين الأصلي ملتزماً ، وهذا يتيح للكفيل مبدئياً احباط دعاوى الدائن مستفيداً من الدفوع التي يملكها المدين الأصلي ، وبالرغم من ان ذلك يبدو منطقياً والمقالة تفرسه ، الا ان الممارسة كثيراً ما تتميز هذا الحل غير مقبول لانه يسطي الكفيل وسيلة الاعتراض على التزامه مما يضرب الدائن الى حد كبير » راجع :

Gavalda et stoufflet op. Cit. P. 3.

(١٠) انظر :

Dalloz sirey, 1986 P. 153, "D. 1985 - 269" "D. 1983 P. 365"

(١١) انظر حكم محكمة الامور المستعجلة . القاهرة ١٦٦٠/٣/٥ الدعوى رقم ١١٧٣ السنة ١٩٦٠ . مجلة المحاماة ص ٤٥ العدد ٩ ص ١٧١٠ . وقضت المحكمة بان التزام البنك هو

محكمة النقض الفرنسية بأن خطاب الضمان التزام مستقل وليس كفالة ، وقررت ذلك في دعوى تملخص وقائعها ان الشركة المركزية للدراسات الصناعية (C. O. C. E. I.) ويتبعها شركة (Lebon) ابرمت عام ١٩٧٢ مع مؤسسة حكومية صوفيتية عقداً لاتجاز مصنع لمعالجة الغاز ، وقد استعانت الشركة المركزية بشركة (Pritchard) لتنفيذ هذا العمل فنياً وتمهدت الأخيرة لتقديم خطاب ضمان بمبلغ ثلاثماية ألف دولار يضمن حسن تنفيذ ادائها .

وفي عام ١٩٧٣ وقعت شركة (Pritchard) (الشركة المدينة الأصلية) مع شركة تأمين أمريكية (Firemen's insurane) عقد ضمان تحت اسم (Bond no 13 - 12) ومضمونة التعهد سويًا متضامنين ان يدفعا لشركة (C. O. C. E. I.) مبلغ ثلاثماية ألف دولار بناء على تقديم خطاب ترسله الأخيرة الى شركة (Pritchard) اذا قصرت في التزامها .

وفي عام ١٩٧٦ اضطرت شركة (C. O. C. E. I.) شركة (Pritchard) بانها قصرت في التزاماتها وطالبتها برفع قيمة الضمان .

وقضت محكمة النقض الفرنسية في الماثرة التجارية برفع مبلغ الضمان وكيفت خطاب الضمان بأنه مستقل يسدد عند أول طلب ،

---

التزام الكفيل ويطبق عليه القانون المدني وانه يجب على الكفيل ان يخطر المدين قبل ان يقوم بوفاء الدين والا سقط حقه في الرجوع على المدين وانظر تطبيقات قضائية مصرية تؤكد استقلال التزام البنك في خطابات الضمان عن التزام المدين وان هذا الالتزام ليس تايماً .

نقض مصري . الطعن رقم ٣٧ لسنة ٢٩ ق تاريخ ١٩٦٤/٥/١٢ مجموعة أحكام النقض س ١٥ عدد ٢ ص ٦٩١ والطعن رقم ٢٩٥ سنة ٣٥ ق تاريخ ١٩٦٩/٥/٢٧ مجموعة أحكام النقض ٢٠٤ س ٨١١ وقضت محكمة النقض المصرية في أحد أحكامها بالقول « البنك الذي يقوم بتثبيت اعتماد مصري بين عميله والمستفيد منه لا يصح وصفه بأنه ضامن أو كفيل يتبع التزام الكفول بل يعتبر في هذه الحالة التزاماً مستقلاً عن العقد القائم بين المتعاملين » جلسة ١٩٨٢/٤/١٢ . مجموعة أحكام النقض س ٣٢ ص ٣٩٦ وما بعدها .

وانه ليس كفالة تابعة للمعقد الأساسي ، وبناء على ذلك ذكرت المحكمة بأنه يتمتع على الضامن الاستناد على أية دفعات تخص المدين الأصلي (١٢)

وعلى هذا فان الكفالة لا تصلح أساساً لتكييف التزام البنك لاختلاف طبيعة الالتزام في العمليتين ولا نذهب مع القائلين ان أحكام الكفالة يمكن ان تطبق على العلاقة القائمة فيما بين اطراف عملية خطاب الضمان للأسباب التي ناقشناها فيما سبق .

#### ١٠٦- نظرية الانابة القاصرة :

رأي بعض الفقه ان العلاقة التي أنشأها خطاب الضمان يمكن تكييفها على أساس الانابة القاصرة (١٣) .

والانابة تتم اذا حصل المدين على رضا الدائن بشخص اجنبي يلتزم بوفاء الدين مكان المدين (١٤) . وان هذه الانابة لا تتضمن تغير المدين او تغير الدائن كما هو شأن الانابة الكاملة التي تتضمن بالضرورة تجديداً بتغير المدين وقد تتضمن تغير الدائن ، بل ان الانابة القاصرة تبقى على

(١٢) انظر أحكاماً قضائية :

— Com. de Bruxelles, Ref, oct, 1985 so c Anon. Fabricom. c. Banque. Bruxelles Lambert, D. 1986 P. 162.

— Court of Appeal. 5 - 9 Dec., 1983 Bailventer oil. S. A. V. Chase Manhattan Bank n. A., and others - D., 1686, 162, note vasseur.

Court De Justice civile de geneve Ire sect., 14 Mars 1985  
Iranian Government trading corporation et Banque Milli  
Iran scogest S. A. D. 1986. P. 164.

(١٣) انظر د. احمد زكي الشيعي وفاروق غلاب : المرجع السابق ص ٨٧٢ ، وانظر كذلك الفتوى رقم ٢٠٣ تاريخ ١٢/٢/١٩٦٤ الصادرة عن قسم الفتوى والتشريع . مجلة المحاماة المصرية ص ٤٧ ٢٤ ص ٤٠٢ وورد في هذه الفتوى « ان خطاب الضمان ليس عقد كفالة بل هو من قبيل الانابة القاصرة » .

(١٤) انظر نص المادة ١/٣٠٩ من القانون المدني المصري . والمادة ٣٦٠ من ذات القانون .

المنيب مديناً للمتاب لديه الى جانب المتاب بحيث يصبح للدائن مدينان  
بدلاً من مدين واحد وتم في وقت يجتمع فيه رضا المنيب والمتاب  
والمتاب لديه (١٥) .

واعتبر بعض الفقه البنك نائباً عن عميله يصدر بناء على طلبه خطاب  
الضمان ، ويلتزم بدفع قيمة هذا الخطاب للمستفيد على أساس ان  
التزامه أصلي ومباشر ومستقل عن التزام المدين .

ويرر القائلون بهذا التوجه حججهم بالقول ان العميل عندما يقدم  
الغطاء يلتزم بتقديم تأمين نقدي يضعه تحت تصرف صاحب المشروع  
بالإضافة الى التزامه بتنفيذ المقد ، وبدلاً من تقديم التأمين النقدي يتفق  
مع صاحب المشروع (المستفيد) ان يضيف له مديناً آخر يلتزم في مواجهته  
بمقدار التأمين النقدي ، وتنشأ الالباب القاصرة بين العميل والبنك والمستفيد  
في علاقات متعددة مترابطة :

**الأولى :** علاقة المنيب (العميل) والمتاب لديه (المستفيد) وبقي فيها  
الأول مديناً للثاني لا تبرأ ذمته الا اذا وفي بالالتزام الذي في ذمته للمتاب  
لديه (المستفيد) أو اذا وفي المتاب (البنك) بهذا الالتزام .

**الثانية :** علاقة المنيب (العميل) بالبنك المتاب ، ومن آثارها اذا وفي  
البنك للمستفيد كان له الرجوع على المنيب (العميل) بدعوى الوكالة أو  
الفضالة أو الاثراء بلا سبب حسب مقتضى الحال .

**الثالثة :** العلاقة بين المتاب لديه (المستفيد) والمتاب (البنك) ومن  
آثارها ان يصبح للمستفيد مدينان . المدين الأصلي وهو المنيب (العميل)  
والمدين الجديد وهو المتاب (البنك) .

---

(١٥) انظر د. سميحة القليوبي : المرجع السابق ص ٦٥ وما بعدها .

ويقدر أصحاب هذه النظرية أن المستفيد يستطيع الرجوع على أي من المدينين الأصليين والجديدين بحيث إذا وفى الالتزام أحدهما برئت ذمة الآخر ، وإن الدين الذي أنشأته الإثابة في ذمة المئاب (البنك) هو دين مجرد لا يتأثر بالعلاقة بين البنك والعميل (١٦) .

ولأن رجوع البنك على عميله لا يؤسس على أحكام الوكالة ، ولا الفضالة ، ولا الأثر بلا سبب ، ولأن تأسيس العلاقة في خطاب الضمان على فكرة الإثابة لقي من النقد ما يبرر القول أنها لا تصلح أساساً قانونياً لالتزام البنك الناشئ عن خطاب الضمان ، وكان أهم نقد وجه لهذه الفكرة هو تبني القائلين بها فكرة حق البنك التمسك في مواجهة المستفيد بالدفع التي كانت للمدين في مواجهة الأخير ، لأن التسليم بذلك يتنافى مع القول أن التزام البنك مستقل ، ومن هذا التناقض لدى القائلين بفكرة الإثابة يتبين أنها لا تصلح أساساً قانونياً يطبق على الالتزام الناشئ عن خطاب الضمان .

وأخيراً لعل النقد الذي وجهه الفقيهان جافلدا وستوفليه إلى هذه النظرية عندما قالا : أن تكتيك الإثابة لا تتقابل تماماً مع إجراءات الضمان ونية الأطراف الذين يرغبون في جعل الضمان مستقلاً ، ولستطيع أن ندرك هذه الإرادة إذا ما كنا بصدد عقد ضمان ، أما الإثابة القاصرة فيكون التزام المئاب هو الوسيلة الطبيعية لتنفيذ التزام سابق للمنيب إزاء المئاب لديه على عكس الضمان ، حيث يكون دين المستفيد بالنسبة إلى الأمر أمراً احتمالياً وتنفيذ الوعد يرجع إلى إرادة المستفيد ، يؤدي إلى تأكيد ضرورة اقضاء نظرية الإثابة عن مجال خطابات الضمان (١٧) والقول بأنها غير صالحة كأساس قانوني تركه إليه هذه الخطابات .

(١٦) سنجد عكس ذلك عندما ثبت أن محل الدينين واحد ، وإن الدين الذي أنشأته الإثابة على عائق المئاب (البنك) يتأثر بالعلاقة فيما بينه وبين عميله ( المدين الأصلي ) ويتأثر بالدين الذي للمستفيد على هذا المدين الأصلي .

(Javaldi et stoufflet op. Cit. P. 108.

(١٧) انظر :

## ١٠٧- نظرية الاشتراط لمصلحة الغير :

فحوى هذه النظرية ان العميل يشترط على البنك دفع مبلغ معين من النقود للمستفيد ، ويقول انصار هذه النظرية انه طبقاً للاحكام العامة في القانون فانه يوجد ثلاثة اشخاص يرتبط اثنان منهما بعقد ويشترط احدهما لشخص ثالث اجنبي عن العقد ان يكون مستفيداً .

ويرى القائلون بذلك ( ان وجود ثلاثة اشخاص في عملية خطاب الضمان احدهما اجنبي عن العقد المبرم فيما بين الاثنين الآخرين ، وانصراف نية أحد اطراف هذا العقد لاعطاء الاجنبي حقاً مباشراً كمنصر مميز في عقد الاشتراط لمصلحة الغير بالاضافة الى مصلحة المشتراط كآثر من آثار العقد الذي ينتج حقاً لشخص ثالث اجنبي عنه ) يجعل تكييف العلاقة فيما بين اطراف عملية خطاب الضمان على انها اشتراط لمصلحة الغير امراً موافقاً للقانون .

وتأكيداً لما توصل اليه اصحاب هذا الرأي فانهم حاولوا تجريد علاقة البنك بالمستفيد من آثار العلاقة فيما بين البنك والأمر على أساس ان الذي يميز الاشتراط لمصلحة الغير هو حق المتعهد (البنك) في التمسك بالدفع الناشئة عن عقد الاشتراط في مواجهة المستفيد(١٨) .

ونرى في خصوص هذه النظرية رغم كل المحاولات المبذولة من انصارها لتقريب أحكامها من عملية خطاب الضمان ان فكرة الاشتراط لمصلحة الغير كاساس قانوني لخطابات الضمان لا تنسجم مع الآثار التي

(١٨) انظر في ذلك د. محي الدين مسمايل علم الدين : المرجع السابق ص ٢٢٢ وما بعدها .  
وعبر في هذا الخصوص عن رأيه بالقول « ان مصدر التجريد في خطاب الضمان الذي يدرج فيه متضمناً تعهد البنك بالدفع عند أول مطالبة تملكه من المستفيد ورغم أي ممارسة قد تصدر من العميل ، والشق الأول من هذا التعهد يعني ان البنك لن يفرض اي دفعات تتصل بعلاقته مع عميله ، والشق الثاني ان البنك لن يتمسك بأي دفعات تكون للعميل المستفيد . وقد أصبح هذا النص من خصائص خطاب التعهد ، ويجري عليه العمل حتى أصبح عرفاً مستقراً ولذا كان التجريد لا يتقرر الا بالقانون فان العرف قانون ، ولا غشاشة في اشفاء العرف صفة التجريد على بعض عمليات البنوك » .

نتج عن عملية خطاب الضمان ولا تتمشى مع خصائصه التي يمتاز بها ولولها استقلال التزام البنك عن الالتزامات السابقة عليه ، والذي يعني انه لا تجوز المعارضة في الوفاء .

هذا من جهة ومن جهة ثانية فان اعتبار العقد المبرم فيما بين العميل والبنك أساس للعقد الذي أبرم فيما بين البنك والمستفيد بحيث يكون الثاني أثراً للأول يجعل من خطاب الضمان والآثار الناتجة عنه التزامات تابعة لعقد سابق عليه وتعاثر سلباً وإيجاباً بالالتزامات التي ينشؤها العقد الأول ، وهو ما يتناقض مع التسليم باستقلال التزام البنك كآثر لخطاب الضمان . لذلك فان فكرة الاشتراط لمصلحة الغير غير كافية لتفسير أحكام خطاب الضمان وآثاره وانها بالاضافة الى النقد الذي وجه لها لا تصلح أساساً قانونياً ترتد اليه علاقات اطراف عملية خطابات الضمان .

#### ١٠٨- نظرية الإرادة المنفردة :

الإرادة المنفردة كمصدر للالتزام نظرية ظهرت حديثاً ، واستبعدتها الفقه التقليدي كمصدر للالتزام تمشياً مع تقاليد القانون الروماني الذي لم يأخذ بها (١٩) ، ومقتضى هذه النظرية تأسيسها على سلطان الإرادة وما يلزم به الشخص نفسه ، ويفرق القائلون بهذه النظرية بين نشأة الحق واكتسابه على أساس ان نشأة الحق تتم بإرادة المدين وحدها ، اما كسب الحق فيتم بقبول الدائن وانه ليس هناك ضرر من انشاء الحق بإرادة واحدة قبل قبول الدائن طالما ان هذا لا يلزمه بشي .

ويقول انصار النظرية في صدد دفاعهم عن نظريتهم انه اذا كان الشخص لا يلتزم بإرادته فيما لا شك فيه انه لا يلتزم بإرادة غيره ، وان الحاجة

---

(١٩) هناك بعض الاستثناءات وردت في القانون الروماني تؤكد ان المشرع أخذ بالإرادة كمصدر للالتزامات ، على أساس انه تعهد ملزم دون حاجة الى قبول . انظر د . جميل الشرتاوي : نظرية بطلان الصرف القانوني في القانون المدني ط ١٩٨٣ ص ١٧ وما بعدها .  
دار النهضة العربية . القاهرة .



العملية تفرض تبرير الالتزام بالإرادة المنفردة في بعض الصور مثل  
الوعد بجائزة (٢٠) .

ووفقاً لهذه النظرية فإن الالتزام في خطاب الضمان لا ينتج عن تلاقي  
إرادتين بل عن إرادة مصدر الخطاب الذي لا يستطيع التذرع بأي سبب  
للتحلل من التزامه الذي أفرغه في الخطاب الذي وجهه إلى المستفيد .  
ونحن لا نريد التوسع في الحديث عن الآراء التي نادت باعتبار الإرادة  
المنفردة كمصدر استثنائي للالتزامات ولا عن الآراء التي قالت بعكس ذلك  
لمخروج ذلك عن مجال حديثنا إلا بقدر ما يساعدنا على وضع أسس تبرر  
تأسيس أو عدم تأسيس العلاقة في خطاب الضمان على فكرة الإرادة  
المنفردة (٢١) .

وعلى ذلك يقتضينا الحديث بيان وجهة نظر المعارضين للأخذ بنظرية  
الإرادة المنفردة والتي تمثل نقداً لها وانصب هجومهم على هذه النظرية  
وفقاً لما يلي :

١ - إذا سلمنا بوجود التزام بإرادة منفردة فمعنى ذلك أن المدين  
يتمتع أن يقابله دائن ولا بد من وجود إرادة لهذا الدائن وهذا هو  
توافق الإرادتين الذي ينشأ عنه المقعد .

٢ - إذا سلمنا بقوة الإرادة المنفردة على إيجاد التزام على عاتق المدين ،  
فمعنى ذلك التسليم بأن ذات الإرادة اللاحقة تنسخ الإرادة السابقة ،  
لأن ما تستطيع الإرادة تقريره تستطيع إنهاءه وما يمكنها عقده  
يمكنها حله (٢٢) .

(٢٠) انظر د. عبدالمعطي البدوي : النظرية العامة للالتزامات - الجزء الأول - مصادر  
الالتزام ص ٤٣٩ . ويقول « صحيح أن الإرادة المنفردة عاجزة عن إنشاء الالتزام  
كقاعدة عامة إلا في الحالات التي نص عليها القانون ، وتكونها في تلك الحالات تكون  
هي لا القانون مصدر الالتزام ، فالإلزام الذي تترتب عليها إنما تنشأ لأن الإرادة  
اتجهت إليها » .

(٢١) انظر في نظرية الإرادة المنفردة كمصدر للالتزام مؤلفات فقهاء القانون المدني  
د. حفصت أبو سميت . د. عبدالمعطي السعدوي . د. عبدالمعطي فرج الصمد .  
د. عبدالمعطي البدوي .

(٢٢) انظر د. جميل الشرقاوي : المرجع السابق ص ١٨ .

٣ - يهاجم البعض النظرية بالقول ان الآثار القانونية للعقد ليست من تشكيل الارادات المكونة له منفردة بل هي اثر امتزاج وتفاعل تلك الارادات عند انشائه .

وامام وجهتي النظر للقالين بنظرية الارادة المنفردة كاساس قانوني للعلاقة الناشئة عن خطاب الضمان والمعارضين ، نجد ان هذه النظرية اقرب للنظريات الى التوافق والانسجام مع تلك العلاقات وما تمتاز به من خصائص ، ذلك ان هذه النظرية تبني الالتزام على الارادة المنفردة وهو ما يتحقق به التزام البنك في خطاب الضمان ، وانه اذا صح للارادة المنفردة العدول عن الالتزام وذلك بحله أو التحلل منه فهو امر مقبول امام مسؤولية من صدرت عنه الارادة عن تمويض الضرر الذي لحق بالمستفيد ، لان الحق الذي نشأ للمستفيد بعد اعلان البنك لارادته الملزمة بدفع مبلغ معين في خطاب الضمان ، لا ينتقص باعلان البنك رجوعه عما رتبته تلك الارادة ، لانه ان فعل يلتزم بالتعويض .

كما ان التزام البنك بارادته المنفردة يجعل التزامه أصيلاً لا بصفته نائباً عن عميله ، ويترتب على ذلك استقلال هذا الالتزام عن أي التزام سابقة أو علاقة أخرى قد تثير دفوعاً فيما بين اطرافها كعلاقة البنك بالعميل أو هذا الأخير بالمستفيد(٢٣) .

(٢٣) انظر د. سميرة القليوبي : المرجع السابق ص ٩٠ وتقول في هذا الصدد « وينص باستقلال التزام البنك قبل للمستفيد من علاقة البنك بالعميل ، انه لا اثر لدفع العميل قبل البنك والناشئة من العقد المبرم بينهما والذي اصرح فيه العميل عن طلبه في اصدار البنك لخطاب الضمان وفقاً لشروط معينة وموافقة البنك على ذلك » وانظر استئناف القاهرة . جلسة ١٩٦٣/٢/١٩ المصنوعة الرسمية ص ٦١ د ص ١١٢ وجاءت حيثات الحكم كما يلي :

« ان خطاب الضمان هو تعهد نهائي يصدر من البنك بناء على طلب الامر بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين بمجرد أن يطلب للمستفيد منه ذلك وانه لا يجوز للبنك ان يرفض الوفاء للمستفيد بسبب يرجع الى علاقة البنك بالامر أو الى علاقة المسفيد بالامر » والفرد د. حسني عباس صليبات المبروك ص ١٣٨ - ١٤٠ ويقول « يتمتع على البنك الفاء التزامه لان الاصل ان خطاب الضمان يرتب تعهداً نهائياً يصدر من البنك بمجرد طلب المستفيد » ويؤيد هذا الرأي د. علي البارودي : المقود وصليبات البنوك التجارية ط ١٩٦٦ ص ٣٦٧ .

لذا نجد ان وجه الاعتراض على الالتزام بالارادة المنفردة الصادرة عن البنك في خطاب الضمان مردود ، ونرى ان الحاجة العملية وما قرره الحرف ازاء خصائص خطاب الضمان تجعلنا نسلم بان الارادة المنفردة تصلح أساساً للالتزام ليس في احوال استثنائية كما هي حال الوعد بجائزة أو بالنسبة للزوم الايجاب ، بل انها تصلح أساساً للالتزام في جميع الاحوال على أساس ان ارادة الملتزم مصدر التزامه ومبناها التصرف القانوني الصادر عن الشخص بآرادة حرة واعية غير معيبة ولا مشوبه بعيب يعدمها أو ينقصها ، لان لكل ارادة اثرها الخاص بما يكفي للالتزام مصدرها ، ومعنى هذا ان مصدر الالتزام الارادي هو الارادة الواحدة وهو ما يعني التصرف القانوني الذي اتجهت الى احداثه .

## الفصل الثاني

### أنواع خطابات الضمان المصرفية

١٠٩- تتنوع خطابات الضمان بحسب المعاملات التي تستلزمها ،  
ويصعب حصر أنواع هذه المعاملات التي تعد سبباً في العلاقة فيما بين  
البنك مصدر الخطاب وعميله ، ومع ذلك ليس من الصعب ان نستعرض  
أهم أنواعها الأكثر شيوعاً ، على اننا لن نقسم هذه الأنواع على أساس  
توزيعها في فئات بل سنناقضها وفق مسمياتها في المبحث الأول خطابات  
الضمان المشروطة وغير المشروطة ، وفي المبحث الثاني خطابات الضمان المؤقتة  
والنهائية ، وفي المبحث الثالث خطابات الضمان الداخلية والخارجية (١) .

ونشير قبل الحديث عن هذه الأنواع الى ان خطابات الضمان تصدر في  
معظمها من البنوك وتؤدي وظيفة اقتصادية من خلال عملية مصرفية يختص  
بالقيام بها البنوك ، ومع ذلك فان هناك خطابات ضمان تؤدي مثل ذات وظيفة  
خطابات الضمان الصادرة عن البنوك ، وهي التي تصدر عن مؤسسات  
مالية متخصصة أو شركات تأمين أو شركات للضمان أو بنوك تعاونية ،  
وتبقى هذه الخطابات أيًا كانت جهة إصدارها تؤدي الوظيفة التي وجدت  
من أجلها ، ولا يستدعي اختلاف جهة إصدار هذه الخطابات تقسيمها الى  
نوعين أحدهما يصدر عن البنوك والثاني عن غير البنوك طالما ان لكليهما  
ذات خصائص خطابات الضمان التي تمتاز بها (٢) .

(١) يرى بعض الفقه ان خطابات الضمان تتنوع وفقاً لاعتبارات معينة ، ويقولون ان هذه  
الأنواع تتعدد من حيث طبيعتها القانونية أو من حيث الغرض من إصدارها أو من حيث  
موطن المستفيد منها أو من حيث جهة إصدارها . انظر د. سميرة القليوبي : المرجع  
السابق ص ١٥ . ويقسمها البعض بالنظر الى الالتزام الضموني أو بالنظر الى مدته .  
انظر د. علي جمال الدين عوش : خطابات الضمان . المرجع السابق ص ٢٤ وما  
بعدها وص ٤٣

(٢) انظر في تقسيم خطابات الضمان من حيث جهة إصدارها الى خطابات ضمان صادرة عن  
البنوك وخطابات ضمان صادرة عن غير بنوك . د. سميرة القليوبي : المرجع السابق  
ص ٢٠ .

## المبحث الأول

### خطابات الضمان المشروطة وغير المشروطة

١١٠- يصدر خطاب الضمان دون قيد أو شرط ، على نحو يلتزم مصدره في مواجهة المستفيد ان يدفع له قيمته اذا طلبها خلال فترة محددة .  
وقد يصدر الخطاب مشروطاً بحيث يملق البنك التزامه بدفع قيمته للمستفيد على استيفاء شروط معينة حددها له العميل عندما طلب منه اصداره ، لان من الالتزامات التي تثقّر على عاتق البنك الضامن في مواجهة عميله : التحقق قبل الوفاء للمستفيد من توافر الشروط المنصوص عليها في الخطاب .

ونقرر من حيث المبدأ انه اذا كان الأصل في خطاب الضمان ان يصدر غير مشروط بمعنى ان لا يملق الوفاء كالتزام على عاتق البنك بدفع قيمة الخطاب على تحقق واقعة خارجية ، فان ذلك لا يمنع ولا يتعارض مع تضمين الخطاب شروطاً يتم تحديدها والاتفاق عليها ، بحيث لا يفي البنك بقيمة الخطاب الا بعد التحقق من استيفائها أعمالاً لقاعدة المقدر شريعة المتعاقدين<sup>(١)</sup> والا جاز للعميل الماوضة في الوفاء على نحو يصبح البنك مسؤولاً في مواجهته عن تعويضه بقدر ما لحق به من ضرر<sup>(٢)</sup> .

ونناقش في المطالبين التاليين خطابات الضمان المشروطة وغير المشروطة .

(١) كما لو نص الخطاب على ان الوفاء لا يتم الا اذا قدم المستفيد مستندات معينة .  
انظر في ذلك د<sup>٢</sup> بقراني مجلة : للرجع السابق ص ٥٥١ .  
(٢) انظر حكم المحكمة التجارية ببازيس بتاريخ ١٩٨١/٣/٢٤ وانظر وقائع الدعوى  
واسباب الحكم في المرجع السابق ص ٥٥٢ .

## المطلب الأول

### خطابات الضمان المشروطة

١١١- اذا علق البنك دفع قيمة خطاب الضمان على تحقق شروط معينة أو اثبات اخلال العميل في التزامه على نحو لا يلتزم بالوفاء الا اذا ثبت إخلال العميل بالتزامه في مواجهة المستفيد ، فإن هذه الخطابات المشروطة تخرج عن صورة الخطابات ذات الخصائص التي ذكرناها من حيث انها تمثل مجرد التزام البنك بدفع مبلغ نقدي محدد ، وإن هذا الالتزام مستقل عن التزام العميل في مواجهة المستفيد أو في مواجهة البنك وانه ليس تابعاً له .

وهكذا فإن الشروط التي تلحق بخطابات الضمان اذا أثرت في طبيعتها القانونية باعتبار أن الالتزام فيها التزام بات ومنجز ، تخرجها من طائفة خطابات الضمان ، اما اذا كانت الشروط الواردة فيها لا تؤثر في طبيعتها القانونية وتبقى على خصائصها من حيث استقلالها وانها باتة منجزة فيبقى لخطابات الضمان المشروطة بمثل هذه الشروط ذات الطبيعة القانونية التي حددناها وفق الخصائص التي تمتاز بها ومنها الكفاية الذاتية (١) .

كما وإن الأصل في خطابات الضمان أنها تصدر غير مشروطة بمعنى ان لا يملق التزام البنك بدفع قيمتها على تحقق واقعة خارجية لتبقى هذه الخطابات مستقلة ، والقول ان اشتراط دفع قيمة الخطاب على تحقق واقعة خارجية لا تنفي عن تعهد البنك استقلاله ، قول لا يستقيم مع التسليم بأن للخطاب خصائص منها استقلاله وإن الوفاء به لا يتوقف على واقعة خارجية عنه .

(١) انظر د. سميرة القليوبي : المرجع السابق ص ١٥ وتقول « ففي خطابات الضمان التي تعتبر بديلاً عن النسخ النقدي يجب ان تكون غير مشروطة وإن تشمل في مجرد التزام البنك بدفع مبلغ نقدي محدد » .

ونسوق فيما يلي حكمه أصدرته إحدى هيئات التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية بتاريخ ١٩/٢/١٩٨٥ بكل الوقائع والأسباب التي تضمنها .

قررت حكومة المملكة العربية السعودية إنشاء مدينة باسم « مدينة الملك خالد العسكرية » وعهدت الى مقاليد هذه العملية . وكان من بين التجهيزات التي يلزم وضعها في حجرات هذه المدينة دواليب للملابس ودواليب للأعمال المكتبية يقوم المفاوض باستيرادها من الولايات المتحدة الأمريكية . واتفق المفاوض فعلاً مع شركة أمريكية على المواصفات والكميات والأسعار . ولكن هذه الشركة لم تكن تملك الدواليب التي تقوم بتوريدها فاتفقت مع شركتين أمريكيتين أخريين على اعداد وتوريد الكميات المطلوبة إليها . وقبل أن يبدأ تنفيذ هذا الاتفاق وقعت الشركات الثلاث في خلاف بينها لم يكن الجانب السعودي طرفاً فيه .

كان الخلاف اذن بين ثلاث شركات تنتمي الى دولة واحدة هي الولايات المتحدة الأمريكية ، وهذا يبدو ملفتاً للنظر ، لانه يجري عادة في مثل هذه الحالة تحكيم محلي لا دولي أو يجري تحكيم عن طريق إحدى هيئات التحكيم الأمريكية ولكن حال دون ذلك أن الأطراف كانوا متفقين في العقد على أن يكون الفصل في أي خلاف يقع بينهم من اختصاص غرفة التجارة الدولية بباريس وهذه الغرفة رغم أنها تعني بالتحكيم الدولي بصفة أساسية إلا أنها لا تمانع في تشكيل هيئة تحكيم لنظر نزاع محلي بين أطراف وطنيين كما حدث في هذه القضية ما دامت هذه هي رغبة الأطراف .

أما كيف نشأ الخلاف بين الأطراف فذلك يرجع الى أن الشركة المشترية للدواليب اشترطت على الشركتين البائعتين أن تقدمتا إليها خطاب ضمان غير مشروط ونهائي قيمته عشرة في المائة من الثمن ، ويقدم هذا الخطاب خلال ١٥ يوماً من توقيع العقد وتقبله الشركة المشترية ، وارفق الأطراف بالمقدّم نموذجاً لخطاب الضمان المطلوب ، وإذا ادخل البائعون مقاليد من الباطن في تنفيذ العملية فإن هؤلاء المفاوضين يلتزمون

أيضاً بتقديم هذا الضمان وبالمقابل تقوم المشتري بفتح اعتماد مستندي لصالح البائعين يكون نهائياً وقائلاً للتحويل ودائرياً ( أي يتجدد تلقائياً ) بنسبة ٢٥٪ من الثمن في كل مرة وتدفع قيمته بعد ٦٧ يوماً من تسليم المستندات للشركة المشتري .

وتنفذاً لهذه الشروط قدم البائعون خطاب ضمان ورد به النص التالي : « لا يسري هذا الخطاب الا من تاريخ فتح الاعتماد المستندي لصالح البائعين » ومعنى هذا ان البائعين علقوا سريان خطاب الضمان وبالتالي قبض قيمته على وجود اعتماد مفتوح لصالحهم ، وهو أمر رفضته تماماً الشركة المشتري واعتبرته خطاب ضمان مشروط وطلبت خطاباً آخر غير مشروط لا يذكر فيه هذا الشرط ، وامتنعت عن فتح الاعتماد المستندي حتى يقدم ذلك الخطاب . ولما طال الانتظار أعلنت فسخ العقد والتجأها الى موردين آخرين لشعري منهم الدوايب المطلوبة .

لجأت الشركتان البائعتان الى تقديم طلب تحكيم لغرفة التجارة الدولية بطلب اعتبار خطاب الضمان بصيغته المذكورة خطاباً غير مشروط واعتبار الشركة المشتري مخطئة في رفضه وفي فسخ العقد ، وفي أنها لم تقم بتنفيذ التزامها بفتح الاعتماد المستندي ، لان شرط التحكيم نص على أن يستمر الأطراف عند وقوع نزاع في تنفيذ التزاماتهم حتى يتم الفصل في النزاع عن طريق التحكيم أو تتم تسويته باتفاق بينهم .

رد الجانب المشتري بأن هيئة التحكيم غير مختصة لان العقد نص في موضع آخر على أن العقد يصبح نافذاً من وقت موافقة زبائن الشركة المشتري ( أي الجانب السعودي ) على الدوايب المقدمة وعلى الخدمات المصنوعة منها وما دام توريد الدوايب لم يتم وبالتالي لم تتم الموافقة عليها ، فان العقد يعتبر أنه لم يصبح بعد نافذاً ، وبالتالي يعتبر شرط التحكيم غير نافذ ، وتكون هيئة التحكيم غير مختصة بنظر النزاع .

رفض المحكم هذه الحجة ، واعتبرها غير مقنعة ، وقال ان هذا الفهم للنص المشار اليه يؤدي الى نتائج لا يمكن أن يسلم بها الجانب البائع ،



لان هذا معناه أن الاعتماد المستندي الذي كانوا يطالبون به لا يمكن أن يفتح ما دام العقد الأصلي غير نافذ ومن ناحية أخرى يؤدي هذا الفهم الى القول بأن كل نزاع سابق على تسليم البضائع الى الزبائن السعوديين يعرض على المحاكم العادية . وكل نزاع لاحق على التسليم يعرض على التحكيم عن طريق غرفة التجارة الدولية . وهذا الفهم بعيد جدا عن النص الواضح الذي تضمن الالتجاء الى التحكيم في كل المراحل ، فقد جاء فيه : « كل الخلافات التي تنشأ عن هذا الاتفاق أو تكون متصلة به أو متعلقة بأي ادعاء بالاخلال به سوف يتم حسمها عن طريق التحكيم طبقاً لقواعد التوفيق والتحكيم بغرفة التجارة الدولية ويكون مقر التحكيم واشنطن ما لم يتفق الاطراف على مكان آخر وإذا نشأ خلاف عن عقد الشراء هذا سيقوم الأطراف بالاستمرار في تنفيذ هذا العقد حتى يتم الاتفاق بينهم أو يصفي الخلاف عن طريق التحكيم » . فهذه الصيغة لشرط التحكيم تؤكد أنه يشمل أي خلاف في أية مرحلة من المراحل اللاحقة على وضع هذا الشرط ولهذا رفض المحكم الدفع بعدم الاختصاص المقدم من الشركة المشتريّة .

ورغم رفض الدفع بعدم الاختصاص الا أن المحكم قد انتهى في حكمة الى الحكم لصالح الشركة المشتريّة حيث اعتبر خطاب الضمان المقدم من الجانب البائع خطاباً مشروطاً واستند في ذلك الى الأسباب التالية .

أن التجاوة الدولية تحتاج الى تشجيع الأطراف على صياغة شروطهم بوضوح لان هذه الشروط لها تأثير على اطراف آخرين كثيرين : عملاء - مقاولين من الباطن - منشآت مالية . ولذلك فاننا عندما نحاول فهم شرط من هذه الشروط أو تفسيره نقيم وزناً للمعنى الموضوعي الشائع للمفهوم غير الواضح الذي لا تؤيده مmenteنات القضية . ولذلك فان المعنى الشائع عن لفظة « غير المشروط » تعني « خطاب ضمان غير مقيد ولا متأثر بأي شرط » وبهذا المعنى يعتبر الخطاب المقدم من البائعين خطاباً مشروطاً ما دام غير سار الا اذا فتح الاعتماد المستندي ولا يجدي في هذا دفاع البائعين بأن الشرط هنا متوقف على ارادة الشركة المشتريّة

نفسها فهي التي تملك جعل خطاب الضمان سارياً بأن تفتح الاعتماد المستندي المطلوب ، فهذا النفاذ يتناقى مع ما هو متفق عليه في العقد من ضرورة اصدار خطاب الضمان قبل فتح الاعتماد المستندي بمدة وأن يكون هذا الخطاب خالياً من أي شرط ، والسبيل على ذلك أن صيغة خطاب الضمان المرفقة بالمقدّم لم يكن وارداً بها شرط التعليق المشار اليه .

وقد عني المحكم بسؤال مندوبي الاطراف حول ظروف اصدار هذا الخطاب المشروط واكرر مندوبو الشركة المشتريّة موافقتهم على استصدار مثل هذا الخطاب ، وهكذا ثبت في حق الشركتين البائعتين وجود تقصير منهما في تنفيذ التزامهما بتقديم خطاب غير مشروط وينتج عن ذلك أن الشركة المشتريّة يحق لها أن ترفض فتح اعتماد مستندي لصالحهما وأن تعتبر هذا مبرراً لاعمال الفسخ والاتجاه الى موردين آخرين .

اما دفاع الشركتين البائعتين بأن العقد يلزم الاطراف بتنفيذ التزاماتهم حتى يتم حسم الخلاف وضاء أو قضاء عن طريق التحكيم ، فهذا غير صحيح ، لان شرط التحكيم اعتبار كل نزاع يعقبا عن العقد أو يكون متصلا به يخضع للتحكيم ولم ينص الشرط على الاستمرار في تنفيذ الالتزامات الا بصدد فرض معين جاء في نهاية شرط التحكيم الذي ذكرنا صيغته فيما تقدم ، وهذا الفرض قصد به تنفيذ عملية الشراء ، بمعنى أنه بعد أن يتم تبادل خطاب الضمان والاعتماد المستندي ويبدأ تبادل الاداءات المتقابلة وهي الثمن والبضائع عندئذ لا يعطل الخلاف تبادل الاداءات وانما يستمر ذلك حتى يتم حل الخلاف بالتراضي أو بالتقاضي عن طريق التحكيم فهذا النص يتعلق بالاستمرار في حالة تنفيذ التزامات المرحلة الأخيرة أما في المرحلة الأولى التي وقع فيها الخلاف على الخطاب غير المشروط فان الفسخ يمكن أن يقع وبالتالي لا يمكن أن يستمر تنفيذ العقد المفسوخ . ووزع المحكم مصاريف التحكيم مناصفة بين الجانبين البائع والمشتري واعتبر كل جانب متحملاً بالمصاريف الخاصة به فيما يتعلق بالمحامين الحاضرين عنه وانتقالاتهم وما الى ذلك من النفقات .

## المطلب الثاني

### خطابات الضمان غير المشروطة

١١٢- الأصل ان تصدر خطابات الضمان بدون قيد أو شرط وان لا يتوقف الوفاء بها على واقعة خارجية ، ولا على تحقق شرط أو حلول أجل ، وإذا ارتبط الوفاء بقيمتها بأية واقعة خارجية فلا تكون بصدد خطاب الضمان ، لأن علاقة البنك بالمستفيد الذي صدر خطاب الضمان لاجله هي علاقة منفصلة عن علاقته بالعميل ولا يحكمها غير الخطاب ، وان مضمونه يحدد التزام البنك الذي أصدره .

وهكذا نجد ان تعلق تنفيذ التزام البنك على تحقق شرط يقلل من أهمية الخطابات وكفاءتها في الحياة التجارية ويحد من الاعتماد عليها ، لان الشروط اذا وردت في هذه الخطابات تعتبر دفاعاً للعميل يحتمي خلفه<sup>(١)</sup> ويكون عمله بالمعارضة في وفاء البنك لقيمة الخطاب تصفياً اذا قام به ، حتى ولو كان في ذلك تيسيراً له يمكنه من الرجوع على المستفيد .

لذلك نجد ان خطابات الضمان لا تتنوع الى مشروطة وغير مشروطة لان الأصل ان خطابات الضمان غير مشروطة واذا وردت مشروطة فانها تخرج عن كونها خطابات ضمان ولو بقيت إحدى صور الكفالة المصرفية<sup>(٢)</sup> ، وتأسيساً على ذلك نرى ان على البنك ان يتجنب بعض الشروط التي تؤثر في طبيعة خطابات الضمان ، كان يرد فيها انه يجوز

(١) ذهب بعض الفقه الى الاعتراف بخطابات الضمان المشروطة تأسيساً على ان الشروط التي يعلق على تحققها تنفيذ التزام البنك لا تؤثر في طبيعته القانونية وان هذه الشروط ولو كانت مستمدة من واقعة خارجية فهي التي يجب ان لا يحتمي خلفها العميل ليمتنع بصورة تصفية عن دفع قيمة الخطاب ، انظر في ذلك د. علي جمال الدين عوف : عمليات البنوك \* المرحل السابق ص ٥١٠ د. رضا عبيد : المرحل السابق ص ٦٦٠ .

(٢) Karen P. Will kams Lloyd, s Maritime and Commercial Law - (٢) London August, 1983, P. 423.

للمستفيد ان يطلب قيمة الخطاب اذا كانت البضاعة غير مطابقة للمواصفات  
لانه ان فعل يكون ورط نفسه في المنازعات التي قد تنور فيما بين العميل  
والمستفيد ، أو ان تتضمن الخطابات شرطاً يوجب على المستفيد تقديم  
مستندات تتضمن اخلال العميل بالالتزام<sup>(٣)</sup> ، اذ في ذلك اقحام للبنك  
في منازعات هو في غنى عنها ، سيما وانه ليس طرفاً في العقد المبرم بين  
العميل والمستفيد ، وان هذا العقد ليس جزءاً من خطاب الضمان رغم انه  
عقد الأساس الذي صدر معه إبرامه خطاب الضمان .

---

(٣) يسهل على المستفيد ان يقدم مستنداً من أحد الخبراء يتضمن ان العميل لم ينفذ التزامه  
على الوجه الصحيح ، وان هذا التتفيذ خالف بعض الشروط ، وأيضاً يسهل على العميل  
دائماً ان يقدم عكس ما تقدمه للمستفيد ، فما هو الحل هل يصبح البنك حكماً بينهما ،  
لذلك يستحسن ان لا يتدخل البنك ، ويعتمد عن اصدار خطابات الضمان المشروطة .

## المبحث الثاني

### خطابات الضمان الابتدائية والنهائية

١١٣- يصدر هذا النوع من الخطابات على نطاق واسع لصالح الجهات الحكومية والشركات التي تتعاقد في عقود المقاولات والاستيراد والتصدير . وتستخدم هذه الخطابات في هذه المجالات على مرحلتين من مراحل العلاقة فيما بين العميل والمستفيد . اذ في المرحلة الأولى يتقدم العميل بخطاب الضمان الابتدائي ليعرب عن حسن نيته في التعامل أو جدية في الدخول في مناقصة أو مزايمة أو مقالة وبالعموم الدخول في عطاء ، حتى اذا أحيل عليه المطاء استبدل بهذا الخطاب غيره ، والأخير هو خطاب الضمان النهائي الذي يصدر بعد إبرام عقد الأساس فيما بين العميل والمستفيد والذي تضمن في شروطه التزام العميل (المقاول) ان يقدم للمستفيد ( صاحب العمل ) خطاب الضمان بصورته النهائية وفق شروط عقد الأساس . ونتحدث في المطلبين التاليين عن هذين النوعين من خطابات الضمان (١) .

---

(١) يرى البعض من الفقه تقسيم خطابات الضمان بحسب نوع الالتزام المضمون كما يلي :  
النوع الأول - خطابات ضمان المناقصات والمزايدات

Tender and Performance guarantee

النوع الثاني - خطابات الضمان الابتدائية  
Provisional letter of guarantee, bid bond

وخطاب الضمان النهائي أو ضمان حسن التنفيذ  
Garantie de bonne exécution, Performance guarantee

انظر في ذلك . د. علي جمال الدين عوفى : خطابات الضمان . المرجع السابق ص ٢٤ . وقرر ان هناك نوعين من خطابات الضمان هما خطاب ضمان التمتع المقصود وخطاب ضمان الإحياء المطاة للمقاول ويرى تقسيم الخطابات وفق ما ذكر بحسب الالتزام المضمون .

## المطلب الأول

### خطابات الضمان الابتدائية

١١٤- تتضمن المناقصات والمزايدات التي تعلنها الجهات الحكومية والمؤسسات والشركات شروطاً من بينها أن يرفق من يريد الاشتراك في العطاء المعلن عنه خطاب ضمان بقيمة معينة يدلل فيه على جديته بما يطمئن الجهة المعلنه الى ان من تقدم لهذه المناقصة لن يتراجع حتى ولو تغيرت الأسعار .

وخطاب الضمان الابتدائي بديل عن التأمين النقدي ، وهو دليل حسن نية مقدم العطاء ورغبته في الفوز بالمشروع المعلن عنه ، وهو ابتدائي لانه لا يمثل الا نسبة ضئيلة من حجم المشروع لا يتجاوز في كثير من الحالات ١٠٪ ، ولان مقدمه يسترده اذا احيل العطاء على غيره بالاضافة الى ان الغرض منه ينتهي سواء باحالة مشروع العطاء على مقدمه او غيره ، لانه اذا احيل العطاء على مقدم خطاب الضمان الابتدائي فيتعين على هذا الأخير ان يستبدل به خطاب ضمان نهائي ، اما اذا احيل على غيره فلا يبقى أمامه سوى استرداده (١) .

وهذا النوع من الخطابات تكون مدة سريانه قصيرة تنتهي باحالة العطاء وهي في معظم الحالات لا تزيد عن ثلاثة اشهر (٢) .

وهذه الخطابات يرفقها العميل بالعطاء المقدم منه بفرض دخول المزايدة أو المناقصة ، وهو ما يمثل نسبة معينة من قيمة العطاء من قبيل

(١) انظر د. علي جمال الدين عرش : خطابات الضمان . لرجع السابق ص ٢٥ .  
د. حياة شحاته : المرجع السابق ص ٢٩٥ .

(٢) انظر د. محمود سمير العرقاوي : المرجع السابق ص ٥٦٦ ويقول « ولا تقل مدة سريان الضمان عن ثلاثين يوماً بعد انتهاء المدة المحددة لسريان العطاء ، وغالباً ما تكون مدة صلاحية الخطاب ثلاثة شهور من تاريخ المناقصة » .

التدليل على جديته في تحمل الالتزام ، وبهذا الخطاب تطمئن الجهة صاحبة المشروع الى ان مقدم مثل هذا النوع من الخطابات لن يرجع عن عزمه اذا ما أحيل العطاء عليه ، ولو تغيرت الأسعار .

وسمى هذا النوع من الخطابات ابتدائي ، لان الفرض منه ينتهي بعدم رسو العطاء على العميل مقسم الخطاب ، أو برسو هذا العطاء . وفي الحالة الأولى يسترد العميل الخطاب لانتهاء الفرض منه وفي الحالة الثانية يسترده لانه يستبدل به غيره ضماناً انتهائياً ، وان العميل اذا تنصل أو تراجع عن إبرام العقد بعد ان أحيل عليه العطاء فان الجهة المستفيدة من خطاب الضمان الابتدائي تصادر قيمته وهي محقة في ذلك .

## المطلب الثاني

### خطابات الضمان النهائية

١١٥- بانتهاء المرحلة الأولى من مرحلتي طرح العطاء للمزايدة أو المناقصة بإحالاته على أحد المتقدمين ينتهي أثر خطاب الضمان الابتدائي بإعادته الى مقدمة اذا كان العطاء قد أحيل على آخر ، أو استبدال غيره به اذا أحيل العطاء على مقدم خطاب الضمان الابتدائي ، وانه اذا انتهت المرحلة الأولى وأحيل العطاء على مقدم خطاب الضمان الابتدائي فان هذا الشخص يبرم عقداً مع صاحب المشروع يكون من التزاماته ان يتقدم بخطاب ضمان نهائي يضمن بموجبه حسن التنفيذ ، حتى اذا لم يتحقق ذلك يصبح من حق صاحب المشروع المطالبة بقيمة الخطاب من البنك الذي أصله .

وهذا النوع من الخطابات يضمن بموجبه العميل حسن تنفيذ المشروع أو النهاية الحسنة ، كما ويضمن الدفعة الأولى التي يحصل عليها عند ابرام العقد ، اذ كثيراً ما يحصل في العقود التي تبرم فيما بين الجهات الحكومية أو المؤسسات أو الشركات وبين المقاولين ، ان تتضمن هذه العقود التزام الجهات الحكومية أو المؤسسة أو الشركة بدفع مبالغ من النقود كدفعة أولى للمقاول لكي يباشر العمل .

وتحصل هذه الصورة في عمليات الاستيراد عندما تبرم مصلحة حكومية أو مؤسسة مع مقاول عقداً لاستيراد بضائع من الخارج وتدفع هذه الجهة أو المؤسسة الى المقاول دفعة أولى على الحساب ، ونتيجة لذلك يتقدم هذا المقاول بخطاب ضمان الدفعة المقدمة (Repayment guarantees) التي يحصل عليها بمناسبة حاجته لمبالغ تدفع مقدماً يتمكن على أساسها من تمويل العطاء الذي ابرم عقداً لتنفيذه<sup>(١)</sup> .

(١) انظر لؤاد مصطفى محمود : التصدير والاستيراد علمياً وعملياً ط ١٩٧٨ ص ٣٢٤ .  
محمد طاهر المصري : خطابات الضمان - معهد الدراسات المصرفية - القاهرة ١٩٧١ .  
وانظر د. علي جمال الدين موسى : المرجع السابق ص ٢٥ ويقول د. المقصود بهذا الضمان هو ضمان حسن تنفيذ العملية ومطابقتها لشروط العقد ، لذلك فلا بد ان تستمر صلاحية هذا الضمان لحين الانتهاء من التنفيذ أو توريد البضاعة مع فترة تسمح بالتأكد من سلامة التنفيذ أو استلام البضاعة ، وكذلك فترة الضمان اذا كان العقد خاصاً بتزويد آلات لتجربتها والتأكد من سلامة المشروع .



## المبحث الثالث

### خطابات الضمان الداخلية والخارجية

١١٦- تحدثنا فيما سبق عن الكفالة المصرفية الداخلية والخارجية ،  
وقلنا ان الخارجية نوعان وطنية وأجنبية ، وان الوطنية هي التي يصدرها  
أحد البنوك المحلية في الدولة بناء على طلب عميل فيها سواء كان المستفيد  
منها داخل البلاد أم خارجها ، وان الأجنبية هي التي يصدرها أحد البنوك  
المحلية بناء على طلب بنك أجنبي أو أحد فروع البنك المحلي أو الأجنبي ،  
وقد تصدر عن بنك أجنبي ويتوسط أحد البنوك المحلية بإبلاغها للمستفيد  
أو يعزز توقيع البنك الأجنبي بحيث يلتزم وفاء قيمتها اذا تحققت شروط  
معيّنة .

ولتشابه مجالات استخدام الكفالة المصرفية بمجالات استخدام خطابات  
الضمان ، ولأن خطابات الضمان في الأصل صورة للكفالة المصرفية ،  
فلا تختلف طبيعة الكفالات والخطابات من حيث كونها وطنية أو أجنبية  
الا بالخصائص المميزة لكلا النوعين ، ونحيل الى ما ذكرناه عن الكفالة  
المصرفية (١) ونتحدث فيما يلي عن خطابات الضمان الداخلية والخارجية  
في المطلبين التاليين .

---

(١) انظر ما سبق . الكفالات الخارجية الوطنية والأجنبية من ٤٣ وما بعدها .

## المطلب الأول

### خطابات الضمان الداخلية

١١٧- تحدثنا عن اطراف عملية خطابات الضمان وقلنا ان العلاقة فيما بين العميل والمستفيد أدت الى طلب العميل من البنك تقديم ضمان الى المستفيد ، ويقوم البنك باصدار خطاب الضمان لصالح المستفيد بحيث يتعهد من خلاله ان يقوم بدفع مبلغ معين من النقود أو قابل للتعيين عند أول طلب خلال مدة محددة .

ويجري التمييز فيما بين الخطابات الداخلية والخارجية من خلال النظر الى اطراف العملية ، ذلك انه اذا كان العميل والمستفيد مقيمين فتكون بصدد خطاب ضمان داخلي اما اذا كان أحدهما مقيماً والآخر غير مقيم فتكون بصدد خطاب ضمان خارجي (١) .

وخطابات الضمان الداخلية يصدرها البنك المحلي بناء على طلب أحد عملائه من المواطنين في الأردن ، أو يتاحل طلب أحد عملائه في الخارج على ان يكون المستفيد من هذا الخطاب موجوداً في الأردن ، ومن هذا النوع من الخطابات يصدر لضمان الدفعات المدفوعة مقدماً ، أو المقدمة لدائرة الجمارك لضمان إعادة تصدير البضاعة التي دخلت بهدف إعادة تصديرها ، أو التي تصدر لضمان النهاية الحسنة لتنفيذ المطاء ، وكل أنواع الخطابات الابتدائية والنهائية شريطة ان لا يداخل اطرافها عنصر غير مقيم .

---

(١) يسمى خطاب الضمان الذي لا يداخله عنصر غير مقيم ( المستفيد والميل ) خطاب الضمان الداخلي . ولا نطلق غير المقيم على الأجنبي دائماً لانه من الجائز ان لا يكون الأجنبي غير مقيم اذا مكث مدة من الزمن في الأردن ، وهناك إجراءات وتعليمات محددة وفق أحكام قانون البنك المركزي وقانون البنوك يستلزم منها على صفة غير المقيم .

وفي هذه الأنواع من الخطابات يصدر البنك خطاب الضمان لحساب العميل بحيث يكون المستفيد والعميل مقيمين في الأردن ، وإن الأول يلتزم في مواجهة الثاني بتنفيذ التزام معين هو الذي كان سبباً في إصدار البنك لهذا الخطاب(٧) .

وأخيراً فإن معيار التمييز فيما بين خطابات الضمان الداخلية والخارجية هو وجود عنصر غير المقيم ونحويل إلى تفرعات خطابات الضمان الداخلية (المحلية) إلى ما سبق .

---

(٧) انظر في أنواع الخطابات المحلية : حسن ألور طه حبيب : *التكافل المصرفية وخطابات الضمان* - معهد الدراسات المصرفية - البنك المركزي المصري ط ١٩٦٨ ص ١٥ وراجع تفصيلاً د. محي الدين اسماعيل علم الدين : المرجع السابق ص ٥٤٤ وما بعدها . د. سميرة القليوبي : المرجع السابق ص ١٨ .

## المطلب الثاني

### خطابات الضمان الخارجية

ان مجالات استخدام خطابات الضمان الخارجية لا تخرج عن النطاق العام لمجالات استخدام الخطابات والكفالات ، غير ان هذا النوع منها قد يصدر بمناسبة المعاهدات والاتفاقيات التي تنعقد فيما بين دولتين . وتصدر اما بناء على طلب عميل غير مقيم لصالح مستفيد مقيم واما بناء على طلب مقيم لصالح مستفيد غير مقيم .

لذا سنناقش في الفقرات الأربع التالية هذا النوع من الخطابات ، وسيكون حديثنا في الفقرة الأخيرة عن الضمان المقابل الذي يلتزم به البنك الأجنبي عندما يطلب من بنك محلي اصدار خطاب ضمان لصالح مستفيد يمينه له .

#### ١١٨- الخطابات التي تصدر لصالح مستفيد مقيم :

هي التي يطلب اصدارها شخص أجنبي غير مقيم لصالح شخص مقيم في الأردن ، ومثال ذلك انه اذا احيل عطاء على أجنبي غير مقيم وكان من شروط محيل العطاء تقديم خطاب ضمان تأميناً لحسن التنفيذ أو ضماناً للدفعة المقدمة سلفاً أو غير ذلك ، فان الأجنبي يلجأ الى البنك الذي يتعامل معه في الخارج ، ويطلب اليه ان يقدم ضمانه باصدار خطاب لصالح المستفيد في الأردن . وفي هذه الحالة يصدر الخطاب ويسمى خطاب التضامن الخارجي (الأجنبي) .

وتتعدد الصور التي يصدر بها خطاب الضمان الخارجي ، ذلك انه قد يشترط محيل العطاء في المثال السابق على الأجنبي الذي احيل عليه العطاء ان يكون الضمان صادراً من بنك محلي ، لاعتبارات يرى فيها مصلحته (١) ، فيصدر البنك الأجنبي خطاب الضمان ويرسله الى أحد البنوك

(١) عندما يشترط للمستفيد ان يكون الضمان الذي يصدر لصالحه من بنك محلي ، فذلك لانه يطق له سهولة استيفاء قيمة الخطاب بيسر بالإضافة الى ان التعاطي منه نشوب نزاع يكون من اختصاص القضاء الأردني الذي يرى فيه المستفيد في الأردن أسهل وأيسر له في الحصول على حقه بسرعة بالإضافة الى خوفه من اللجوء الى القضاء الأجنبي بسبب زيادة النفقات وأحياناً عدم ثقته .

المحلية التي يتعامل معها ، ويطلب اليه ان يسلمه الى المستفيد بعد التصديق عليه بما يعني اضافة التزامه الى جانب التزام البنك الاجنبي في مواجهة المستفيد ، او يطلب البنك الاجنبي من البنك المحلي الذي يتعامل معه اصدار خطاب الضمان الذي طلبه عميله لصالح المستفيد في الأردن ، ويكون اصدار البنك المحلي لمثل هذا الخطاب ملزماً له ، رغم انه يقوم بذلك نيابة عن البنك الاجنبي .

ومثل هذا الالتزام من جانب البنك المحلي في مواجهة المستفيد يقوم به ويتمهده وفاءه دون ان يطلب من البنك الاجنبي غطاء لقيمته ، لانه في الغالب يكون البنكان المحلي والاجنبي محكومين بترتيبات مصرفية ناتجة عن اتفاقيات فيما بين البنوك المركزية لكلا البلدين ، بالإضافة الى ان البنك المحلي يصدر الخطاب بعد ان يتلقى من البنك الاجنبي خطاباً يتمهده فيه ان يدفع عند اول طلب كل ما يتحملة نتيجة الضمان وهو ما يسمى بالضمان المقابل (Counter guarantee). وهكذا يمكن ان نطلق على هذا النوع من خطابات الضمان الخارجية الخطابات الواردة ، بمعنى انها ترد لصالح مستفيد مقيم في الأردن ، وقد يلجأ العميل غير المقيم الذي طلب اليه من المستفيد ان يقدم خطاب ضمان الى أحد البنوك المحلية مباشرة ، وبمثل هذه الحالة يصدر البنك المحلي خطاب ضمان لصالح مستفيد مقيم بناء على طلب عميل له غير مقيم .

وكذلك لا يمكن ان يصدر خطاب الضمان الا بغطاء كامل ، بمعنى ان العميل يقدم قيمة الخطاب الى البنك الذي سيتمهده وفاءه وعمولته وأية مصاريف تضاف اليه (٢) .

ويثور بشأن خطابات الضمان الواردة بعض المسائل مثل الصلة التي يتعين الوفاء بها ، ولغة هذه الخطابات وتمديد مدتها أو قيمتها ،

(٢) د. محي الدين اسماعيل: علم الدين : المرجع السابق ص ٥٥٨ .

وهذه المسائل يمكن معالجتها اذا كانت متعلقة بقيمة الخطاب أو مدة سريانه ، ذلك ان قيمة الخطاب يمكن تعديلها بالزيادة أو النقصان بموافقة المستفيد ومصدر الخطاب اذا كان ذلك بطلب العميل ، لانه اذا نشأت فيمنه بين العميل والمستفيد علاقات طلب على أساسها الأخير زيادة قيمة الخطاب فيلجأ المفاوض العميل الى البنك الأجنبي ليطلب اليه ذلك ، فاذا وافق فلا بد من موافقة البنك المحلي الذي يتعامل مع البنك الأجنبي بحدود معينة هي السقف الذي لا يتجاوزه لضمان العميل ، سيما وكما ذكرنا ان البنك الأجنبي لا يغطي قيمة الخطاب الا بتمهده منه بدفع ما يتحمله البنك المحلي نتيجة تصديقه أو اصداره لخطاب الضمان .

أما ما يتعلق بتمديد مدة سريان الخطاب فهو ذات شأن زيادة قيمة الخطاب أو القاصه من حيث أنها تخضع لموافقة اطراف عملية اصداره .

وخطاب الضمان اذا صدر من البنك المحلي فيصدر باللغة العربية ، وتكون هي المرجع عند حصول نزاع باعتبار النص في اللغة العربية هو الذي يعتمد واذا اوسل البنك المحلي ترجمة للخطاب الى البنك الأجنبي بلغة أجنبية فيبقى النص باللغة العربية هو المعتمد عند حدوث نزاع (٣) .

أما العملة التي يصدر بها خطاب الضمان من البنك المحلي فتكون بنوعها الذي يطلبه البنك الأجنبي بحيث يتعهد البنك المحلي ان يدفع بالعملة الأجنبية التي حددها البنك الأجنبي ، الا انه اذا استحق خطاب الضمان وطالبه المستفيد بقيمته فان الوفاء يكون بالعملة الوطنية على أساس سعر التعادل الرسمي الذي يحدده البنك المركزي .

(٣) يستحسن ان يشترط البنك المحلي على البنك الأجنبي ان النص العربي الذي صدر به الخطاب هو المعتمد عند حدوث نزاع . ومع ذلك فان البنك المحلي يقدم بإصدار خطاب الضمان لثباته عن الأجنبي فهو بالإضافة الى انه لا يجوز ان يتجاوز حدود لثباته فانه في الوقت ذاته يتصرف بناء على طلب البنك الأجنبي ككاتب عنه على نحو يحمل المتب آثار حمل الثائب . انظر د . علي جمال الدين عوض : المرجع السابق ص ٣٩ .

ويحدث في بعض الأحيان ان يصدر البنك المحلي خطاب الضمان بالعملة الأردنية وانه اذا استحق الضمان فانه يدفع قيمته كما وردت بهذه العملة ، ويعود بما دفع على البنك الأجنبي بحيث يدفع الأخير بالعملة الأجنبية ما يعادل المفعوع بالعملة الأردنية ، ويثور التساؤل حول تاريخ احتساب سعر التبادل هل يكون بتاريخ اصدار الخطاب أم بتاريخ دفع قيمته ، وتحتاط البنوك المحلية لهذه الناحية وتشترط على البنوك الأجنبية ان يحسب سعر تعامل العملة بتاريخ الدفع اذا طرأ أي تغير على السعر عما كان عليه وقت اصدار الخطاب (٤) .

#### ١١٩- الخطابات التي تصدر لصالح مستفيد غير مقيم :

يكون المستفيد غير مقيم اذا كان في الخارج ، وبهذا المعنى يكون المستفيد قد اُحال عطاء على شخص مقيم في الأردن وطلب اليه ان يقدم خطاب ضمان للسبب الذي يحدده ، كحسب تنفيذ العملية أو لضمان الدفعة المقدمة سلفاً ، وقد يكون المستفيد هو المصدر الأجنبي الذي يبيع لمستورد في الأردن بضائع لا يدفع كل ثمنها ، ويشترط ان يقدم الأردني خطاب ضمان للوفاء بباقي المبلغ المؤجل .

وهكذا يصدر البنك المحلي الخطاب بعكس الصورة التي قام بها عندما طلب اليه البنك الأجنبي ان يصدق خطاب ضمان أصدره أو قام نيابة عنه في إصداره ، وبهذه الصورة من الخطابات يطلب البنك المحلي من أحد البنوك الأجنبية في بلد المستفيد ان يصدق خطاب الضمان الذي أصدره أو يصدر هو خطاب الضمان حسب شروط المستفيد المتفق عليها مع العميل .

وعلى هذا الأساس لا يكون بوسع البنك الأجنبي اذا أصدر خطاب الضمان الا الالتزام بما تمهد به ويعود على البنك المحلي اذا وفي قيمة

(٤) راجع د. علي جمال الدين عوص : المرجع السابق ص ٣٦ . د. محي الدين اسماعيل علم الدين : المرجع السابق ص ٥٥٨ . وانظر د. سميحة القليوبي : المرجع السابق ص ١٩ هامش ٣ وتقول « ويلجأ البنك عادة في مثل هذه الحالات الى الحصول على تمهيد من عميله يتحمل فرق العملة التي قد تنشأ نتيجة تغيير سعر الصرف » .

الخطاب ، ولعل المسائل والمشاكل التي يجب التصدي لها ومحاولة تجنبها أصبحت في الغالب من الأحيان تقلق البنوك التي تتعامل بخطاب الضمان .

وينتج ذلك عن التخوف التي يساور المستفيد من عدة نواحي :

**الأولى :** يخشى المستفيد إذا انتهى سريان خطاب الضمان ان تطرأ صعوبات كان الخطاب يغطيها .

**الثانية :** يخشى المستفيد من طول اجراءات التقاضي عندما تنتهي مدة سريان الخطاب .

**الثالثة :** نتيجة الشك الذي يساور المستفيد فانه يلجأ وفي وقت مبكر الى المطالبة بقيمة الخطاب ، أو طلب تمديد مدته أو زيادة قيمته .

**الرابعة :** ان معظم العلاقات التجارية الدولية المنظمة بموجب عقود تتضمن شرطاً بإحالة أي نزاع ينشأ عن هذه العلاقات الى تحكيم دولي لدى هيئات تحكيم متخصصة مثل غرفة تجارة لندن ، أو غرفة التجارة الدولية في باريس ، وهو أمر مكلف بالنسبة للعميل الوطني ، ومن جهة ثانية فان هذه العلاقات قد تتضمن إحالة النزاع الى محاكم أجنبية ينطبق بشأنها ما ذكرناه بشأن التحكيم الدولي من حيث النفقات والمسافة وجهد العميل في القوانين الأجنبية وأصول التقاضي .

هذه المسائل وغيرها تدفع بالمستفيد الى المطالبة بقيمة خطاب الضمان في وقت مبكر أو طلب تمديد مدته حتى لو تم تسليم المشروع أو البضاعة .

#### ١٢٠- اشتراك البنك المركزي في إصدار خطابات الضمان :

قد يشترط المستفيد غير المقيم ان يصدر خطاب الضمان من البنك المركزي أو بالمشاركة فيما بينه وبين البنك المحلي ، وبمثل هذه الحالة يبرز البنك المركزي اعتمادات البنوك المحلية على أساس انه ضامن لما



تمهت به ، وهو اذ يفعل ذلك يكون مطمئناً الى ان الضمان الذي يقدمه  
مغطى باكبر من قيمته ، على أساس ان البنوك المحلية تحتفظ بنسبة من  
ودائعها لديه بصورة الزامية وفق احكام القانون (٥) .

#### ٢٢١- الضمان المقابل :

الغطاء هو الضمان الذي يطلبه البنك من عميلة ليؤمن به نفسه من  
أية مخاطر اذا ما طلب منه سداد قيمة خطاب الضمان . هذا من جهة  
العميل ، أما من جهة البنوك فيما بينها ، فانه وكما جرى عليه العرف اذا  
اصدر احد البنوك المحلية خطاب الضمان بناء على طلب بنك اجنبي فانه  
اما ان يصدره دون غطاء ( على المكشوف ) وهو ما يحصل اذا كان البنك  
الاجنبي من الدرجة الاولى ، واما ان يكون البنك الاجنبي من غير بنوك  
الدرجة الاولى فيتوجب ان يقدم ضماناً مقابل (Counter guarantee)  
كان يضمه احد البنوك الكبيرة من الدرجة الاولى .

ويتعهد الأخير بتمويض البنك المحلي عن جميع الاضرار التي قد  
تلقق به فيما لو دفع للمستفيد خطاب الضمان الذي اصدره بناء على  
طلب من البنك الاجنبي .

ولتوضيح ذلك نقول ، انه لو تقدم اجنبي بغطاء لدخول مناقصة  
أو مزايمة ، واحيل عليه الغطاء فانه يحتاج الى تقديم خطاب ضمان  
لحسن تنفيذ التزامه ، أو لضمان الدفعة الأولى التي قد يحصل عليها  
قبل بدء التنفيذ ، فاذا كان العميل مقيماً في الخارج فيلجأ الى البنك الذي  
يتعامل معه لاصدار خطاب الضمان لصالح المستفيد في الأردن ، وهذا

(٥) د. علي جمال الدين عوض : المرجع السابق ص ٤٢ . والنظر نص المادة ٢٧ لفقرة ١  
من قانون البنك المركزي وكفائته على انه « يفتح البنك المركزي حسابات للبنوك المرخصة  
ويقبل ودائعها » و أيضاً المادة ٤٢ لفقرة ١ من ذات القانون وكفائته على انه « كل البنك  
المركزي ان يطلب من البنوك المرخصة ايداع احتياطي نقدي الزامي لديه بنسبة أو  
نسب معينة من ودائعها المختلفة على ان لا تقل هذه النسبة أو النسب عن ٥٪ ولا تزيد  
عن ٣٥٪ » الف ٥ .

البنك إما ان يصدر خطاب ضمان ويرسله الى أحد البنوك المحلية للاشتراك معه في الضمان أو انه يطلب الى أحد البنوك المحلية اصدار خطاب الضمان لصالح المستفيد .

وفي الحالتين لا يضع البنك الأجنبي غطاء لخطاب الضمان ، بل تقتصر علاقته على تعهد يدفع ما يتحمله البنك المراسل نتيجة اصداره خطاب الضمان أو الاشتراك في اصداره . وهذا التعهد يسمى الضمان المقابل (١٦) وكذلك الأمر بشأن خطاب الضمان الصادر لصالح مستفيد غير مقيم والذي على أساسه يلجأ العميل المقيم الى أحد البنوك المحلية لاصدار خطاب ضمان لصالح مستفيد غير مقيم ، ويقوم البنك المحلي بتلبية طلب عميله بأحدى صورتين .

**الأولى : اصدار خطاب ضمان يشترك في اصداره بنك اجنبي في بلد المستفيد .**

**الثانية : تكليف أحد البنوك الأجنبية باصدار خطاب الضمان .**

وفي الحالتين يتعهد البنك المحلي للبنك الأجنبي ان يدفع له كل ما يتحمله نتيجة اصدار خطاب الضمان ، وفي الفرضين السابقين يوجد تشابه مع الاعتماد المستندي ، اذ يكون البنك المحلي أما وسيطاً يبلغ المستفيد ان البنك فاتح الاعتماد ابلغه بفتح الاعتماد لصالحه ، وأما مؤيداً يلتزم نتيجة تأييده بان يضمن الوفاء .

وهكذا يتحقق ضمان البنك في صورتين تمثل كل صورة التزاماً مستقلاً على النحو التالي :

— ضمان البنك مصدر خطاب الضمان ويسمى الضمان الأول .

— ضمان البنك الذي طلب الى البنك الأول اصدار الخطاب ويسمى الضمان هنا بالضمان المقابل .

(١٦) انظر د . محي الدين اسماعيل علم الدين : المرجع السابق ص ٥٥٧ ويقول « ويسمى هذا التعهد الضمان المقابل ويجب ان يكون غير مشروط » .

وهذان النوعان من الضمان مستقلان عن عقد الأساس وكذلك يستقل كل منهما عن الآخر ، لأن الأمر بأصدار خطاب الضمان وهو العميل يرتبط بالبنك الأول ، ولا علاقة له بالبنك الثاني ، ولأن المستفيد يرتبط بالبنك الثاني الذي اصدر خطاب الضمان لصالحه ولا شأن له بالبنك الأول .

اما البنكان الأول والثاني ، فيرتبطان بعلاقة منفصلة عن العقود السابقة ، وهي علاقة خاصة أساسها الضمان المقابل كائن لتمهيد البنك الثاني ، وأنه إذا طالب المستفيد بقيمة خطاب الضمان من البنك الذي تمهد له الوفاء وهو الضامن الثاني ، فما على هذا البنك سوى الدفع ، وفي الوقت ذاته له حق في الضمان المقابل ، ويمكنه المطالبة به ولا يكلف باثبات أي أمر سوى أن المستفيد طالبه بالوفاء ، وأنه دفع فعلاً<sup>(٧)</sup> .

وقرر القضاء الفرنسي في هذا الخصوص أن الضمان المقابل مستقل ومنفصل عن الضمان الأول ، ويرتبط بالمتزم بهذا الضمان بعلاقة قانونية مع البنك طالب فتح الاعتماد وهي علاقة خاصة تختلف عن تلك التي يرتبط بها البنك الذي طلب إليه عميله إصدار خطاب الضمان مع هذا العميل . وهكذا ارتبط البنك الأول بالبنك الثاني بعلاقة خاصة تمثلت بالضمان المقابل وإن كل من هذه العلاقات مستقل عن العلاقة الأخرى ولا يتسرب دفع في علاقة منها إلى علاقة أخرى<sup>(٨)</sup> .

(٧) يرى البعض أن حق البنك الثاني في مطالبة البنك الأول بقيمة الضمان المقابل ينشأ بمجرد مطالبة المستفيد ، بمعنى أنه طالما وجه المستفيد مطالبة للبنك الذي اصدر الخطاب ليطالب منه دفع قيمة الخطاب يستطيع هذا البنك أن يوجه إلى البنك الضامن مطالبة ليدفع الأخير قيمة الخطاب الذي تمهد الوفاء به ، ونرى خلاف ذلك ، ونقول أن البنك الثاني يستطيع مطالبة البنك الأول بقيمة الضمان المقابل ، بعد أن يدفع فعلاً قيمة خطاب الضمان إلى المستفيد ولا ينشأ حق بالمطالبة بمجرد مطالبة المستفيد ، لا تراعى وجود معارضة في الوفاء قروها القضاء عندما أمر البنك بعدم الدفع .

(٨) انظر نقض فرنسي ٢٩ نيسان ١٩٨٦ ٩٨٦ ص ١٧ ونقض فرنسي ١٩٨٥/١١/٢٠ ص ٢١٣ ونقض فرنسي ١٩٨٤/١٢/١٢ أشار إلى هذه الإشكالية . في ٥ علي جمال الدين عوض : المرجع السابق ص ٢٠٦ وما بعدها .

والتزام البنك الضامن في مواجهة المستفيد يشبه التزام البنك الأول في الضمان المقابل في مواجهة البنك الثاني ، اذ يتعين على البنك الأول ان يدفع قيمة خطاب الضمان تأسيساً على تعهده بالدفع ، وهذه الحالة تتم بعد ان يثبت البنك الثاني انه قد دفع فعلاً الى المستفيد .

ومع ذلك فانه اذا لم يدفع البنك الثاني للمستفيد بسبب غش الأخير ، فلا يرجع البنك الثاني على البنك الأول ، لان الأخير لم يدفع فعلاً .  
أما اذا دفع البنك الضامن الثاني فان رجوعه على البنك الضامن الأول في الضمان المقابل يتمثل اذا ثبت علم البنك الثاني بغش المستفيد<sup>(٩)</sup> .

---

(٩) يرى البعض انه يكفي ان يكون البنك الثاني قد جهل جهلاً لبقال ان الخطأ في جانبه ، وكذلك يرى بعض الفقه انه يكفي ان يعلم البنك الضامن بغش المستفيد عند طلبه الوفاء ليكون أيضاً متواطئاً معه وقت الوفاء . انظر د' علي جمال الدين عوش . المرجع السابق ص ٢٤٩ .

## الفصل الثالث

### آثار خطابات الضمان المصرفية

١٣٢- تحدد العلاقات القانونية فيما بين اطراف عملية خطابات الضمان التزامات هؤلاء الاطراف وحقوقهم . وتمثل هذه الالتزامات والحقوق آثار تلك العلاقات ، وعلاقات اطراف عملية خطابات الضمان عبارة عن روابط قامت فيما بين العميل (المقاول) والمستفيد وبين العميل (المقاول) والبنك وبين البنك والمستفيد ، ومجموع هذه الروابط أسهم في اصدار خطابات الضمان .

وهكذا فان هذه العلاقات هي روابط عقدية ابتدأت بين العميل والمستفيد اما بعقد بيع ، أو بأحالة عطاء التزم العميل بموجبه تنفيذ أعمال للمستفيد ، وهذه الرابطة العقدية فيما بين الطرفين تسمى عقد الأساس (١) وانه تنفيذا لهذا العقد يرتبط العميل مع البنك بعقد يلتزم بموجبه الأخير ان يصدر خطاب ضمان لصالح المستفيد يتعهد بموجبه دفع مبلغ من النقود .

اما آثار اصدار خطاب الضمان فهي الالتزامات التي تترتب في ذمة كل من العميل والبنك ، بالإضافة الى الآثار التي تترتب على عاتق المستفيد وهي محور حديثنا في المباحث الثلاثة التالية .

اما المبحث الرابع فسنستحدث فيه عن اثر خطابات الضمان بالنسبة للغير .

---

(١) انظر د . علي جمال الدين عوض : خطابات الضمان . المرجع السابق ص ٨٦ وقول د في عقد الأساس يشترط المستفيد ان يصدر الخطاب من بنك في بلده ويكون المصدر ليس له علاقة ببنوك في هذا البلد ، فانه يصدر أمره الى بنكه هو في بلده . لكي يكتب الى مراسله في بلد المستفيد ، ويتعهد البنك الأمر ان يرد الى البنك الأجنبي لدى الطلب أيضاً المبلغ عندما يتلقى الضمان . إذن فهناك ضمانات ، ضمان البنك الذي يصدر الضمان ويسلمه ويسمى البنك الضامن في الدرجة الأولى وضمان البنك الأمر ويسمى البنك الضامن من الدرجة الثانية أو الضمان المقابل .

## المبحث الأول

### العلاقة بين العميل والمستفيد

١٢٣- ان العلاقة التي تقوم بين العميل والمستفيد اساسها ان الاول اصيل عليه عطاء يتعين تنفيذه وفق شروط ثم الاتفاق بشأنها ، او انه التزم بموجب اتفاق مع أحد الاشخاص ان يقدم له ضماناً لتنفيذ أمر من الأمور ، كان يكون هذا العميل على علاقة مع جهة حكومية أو غير حكومية يلتزم على أساسها توريده معدات أو بضائع .

وهذا العميل يلتزم بإرادته ان يسلم للمستفيد خطاب ضمان من أحد البنوك بمبلغ معين ضمن مدة محددة، ويعد التزام العميل على هذا النحو أثراً من آثار عقد الأساس الذي يعتبر السبب في إصدار الخطاب، أي ان البنك يصدر الخطاب بناء على طلب من العميل لتنفيذا لالتزام الأخير مع المستفيد بموجب عقد الأساس (١) .

والتزامات المفاوض كما حددها عقد الأساس تتضمن في معظم الأحيان شرطاً واقفاً لا ينفذ العقد الا بتحقيقه ، بمعنى ان عقد الأساس الذي أبرمه العميل مع المستفيد وكان من شروطه إصدار خطاب الضمان لصالح المستفيد يتوقف نفاذه على تحقق الشرط الوارد فيه وهو إصدار الخطاب ، وبهذه الصورة يتعين على المفاوض ان يسعى لدى أحد البنوك لتنفيذ هذا الشرط وهذا الشرط الواقف .

---

(١) انظر المواد ٤٠/ب ، ٥٩/ب ، ٧٢/ب ٨٦ ، ٨٧ ، ١٤٠ ، ١٥٢ من قانون الجمارك وتنظم أحكام حالات التزام الأشخاص بتقديم الضمان النقدي أو ما يقوم مقامه كالكفالة المصرفية وخطاب الضمان كالتزام المستوردين والمصدرين ، وضمان عبور البضائع بالترانزيت ومثل هذا الالتزام غير عقدي ويترتب على عاتق المدين على أساس تنظيمي اذا عزم على القيام بأمر من الأمور .

كما يتضمن عقد الأساس في بعض الحالات شرطاً فاسخاً يعيد المتعاقدين إلى الحالة التي كانوا عليها قبل التعاقد إذا تحقق هذا الشرط ، ومثل هذا الشرط هو تحقق واقعة عدم إصدار خطاب الضمان خلال مدة محددة ، بحيث إذا انقضت المدة ولم يسلم خطاب الضمان ينفسخ عقد الأساس .

وتتحدد التزامات العميل في عقد الأساس وآثار هذه الالتزامات بما يلي :

#### أولاً - تسليم الخطاب وفق الشروط المتفق عليها :

بحيث إذا تضمن عقد الأساس أن تسليم الخطاب أمر أساسي فإن المداول ملزم بتسليم خطاب الضمان قبل مباشرة المستفيد في تنفيذ التزاماته بعقد الأساس كما الشأن في عقد البيع الدولي الذي يكون فيه البائع مستفيداً من خطاب الضمان (٢) .

#### ثانياً - مسؤولية العميل عن عدم تقديم خطاب الضمان :

أن تقديم خطاب ضمان يخالف الشروط المتفق عليها في العقد الأصلي (عقد الأساس) يترتب مسؤولية على عاتق العميل .

#### ثالثاً - مسؤولية العميل عن تنفيذ شروط عقد الأساس :

إن تنفيذ الالتزامات التي رتبها هذا العقد بصفة العميل باعتبار أن التصرف القانوني الذي صدر عنه والتقى بالتصرف القانوني الذي صدر عن المستفيد يشكلان العقد المسمى عقد الأساس وهو الذي كانت آثاره التزامات أطرافه ، وعلاقة العميل بالمستفيد بموجب هذا العقد لا تنشأ عن خطاب الضمان ذاته ، وإنما كانت سابقة عليه وما صدور

(٢) انظر د . علي جمال الدين عروش : المرجع السابق ص ٨٨ . د . محي الدين اسماعيل علم الدين : المرجع السابق ص ٥٦٤ ويقول ( العميل مدين بمبلغ التأمين للمستفيد ، فإذا قدمه إليه برئت ذمته من هذا الالتزام ، وكذلك إذا قدم خطاب ضمان بدلا من هذا التأمين وقبله المستفيد تبرأ ذمته قبله وصبح البنك هو المدين به ) .

هذا الخطاب الا بمناسبتها ، لذلك لا نناقش التزامات العميل والمستفيد كأثار لمقد الأساس لخروجها عن نطاق هذه الدراسة<sup>(٣)</sup> ونكتفي بإيجاز موضوع رجوع العميل على المستفيد اذا قبض الأخير قيمة خطاب الضمان دون وجه حق .

#### رابعاً - رجوع العميل على المستفيد :

يفترض ان البنك أوفى بالتزامه في مواجهة المستفيد ودفع له قيمة خطاب الضمان ، وبهذه الحالة فان البنك يكون قد رجع على العميل بما أوفى اما عن طريق التنفيذ على غطاء خطاب الضمان ، أو بطريق القيد في الحساب بمعنى ان العميل يصبح بعد وفاء البنك قيمة خطاب الضمان للمستفيد مدينًا للبنك بقيمة الخطاب .

وفي هذه الحالة اذا كان لدى العميل من الأسباب ما يجعله يعتقد ان المستفيد قبض قيمة الخطاب بوجه غير مشروع فانه يسعى لاسترداد ما دفعه للمستفيد ، لا على أساس من الالتزامات التي أنشأها خطاب الضمان ، بل تأسيساً على ان المستفيد قبض مبلغاً بوجه غير حق وبلا سبب<sup>(٤)</sup> ، وعيب الإثبات في هذه الحالة على عاتق العميل انطلاقاً من الالتزامات التي أنشأها عقد الأساس ، ولأن المصلحة في دعوى الرجوع تعود للعميل ، فانه لا يمتنع على البنك ولا البنك الضامن المقابل من مخاصمة المستفيد وذلك بمباشرة الادعاء بالدعوى غير المباشرة<sup>(٥)</sup> .

(٣) انظر د<sup>٥</sup> محمود سبيح الشرفاوي : المرجع السابق ص ٥٦٩ .

(٤) انظر المادة ٢٩٧ من القانون المدني وتلخص على انه « يصبح استرداد غير المسنق اذا كان الرضاء قد تم تنفيذاً لدين لم يتحقق سببه أو لدين زال سببه بعد ان تحقق » وانظر المادتين ٢٩٩ و ٣٠٠ من ذات القانون المدني .

(٥) انظر المادتين ٣٦٦ و ٣٦٧ من القانون المدني .

انظر د<sup>٥</sup> سميرة القليوبي : المرجع السابق ص ٤٦٩ وما بعدها . حيث ناقشت ملكية قيمة الخطاب بعد دفعها من قبل البنك للمستفيد ، وقرى ان المبلغ الذي يدفع للمستفيد هو التأمين النقدي الذي حل خطاب الضمان محله . بمعنى ان دفع البنك لهذا المبلغ يصبح مع المستفيد حائزاً لمبلغ التأمين النقدي الذي قدم لضمان حسن تنفيذ السيل لالتزاماته .



وعلى هذا الأساس نقول ان دائني العميل ومنهم البنك الضامن والبنك الضامن المقابل يمكنهم الرجوع على المستفيد بعد ان يستوفي قيمة خطاب الضمان باعتبار ان هذا المبلغ يظل على ملك صاحبه وهو العميل الى ان يتقرر حق المستفيد عليه ويخصم منه هذا الحق ، وهو ما يعني ان المبلغ لا يدخل في ذمة المستفيد الا بالقدر الذي يستحقه منه عند تسوية الحساب مع العميل (٦) .

ويكون المستفيد في هذه الحالة دائماً مرتباً للمبلغ الذي قبضه من البنك يستوفي منه حقه ويستوفي الدائنون الآخرون بعده ، لان المستفيد يعد دائماً ممتازاً على غيره من الدائنين ويستوفي حقه بالتقدم والأولوية عليهم ، ويترتب على ذلك ان دائني المستفيد لا يمكنهم حجز قيمة الخطاب الا بعد ان يتقرر حقه فيه ، وعليه اذا طالب دائن المستفيد بالحجز على قيمة الخطاب قبل الوفاء فلا يستطيع ذلك لان هذه القيمة لا تزال مملوكة للبنك .

---

(٦) المرجع السابق ص ٤٧٠ وتقول الدكتورة سمينة ومن من هذا الرأي « ولكن اذا كان المستفيد قد طلب جزءاً فقط من قيمة خطاب الضمان فان الجزء المتبقي يظل ملكاً للبنك ، وهذا الأخير وشأنه مع العميل وفقاً للعلاقة بينهما والتي ينظمها عقد طلب الخطاب » وتقول كذلك « وبناء على ما تقدم يمكننا ان نقرر ان الحجز الذي يمكن ان يوقع على قيمة الخطاب بعد ادائها الى المستفيد هو دائن العميل وذلك وفقاً لتواعد حجز ما للمدين لدى الغير » .

## المبحث الثاني

### العلاقة بين العميل والبنك

١٢٤- تبدأ هذه العلاقة مباشرة العميل تنفيذ التزاماته بموجب عقد الأساس مع المستفيد والذي كان من آثاره تقديم خطاب الضمان بحيث يبدأ العميل حديثه مع البنك بطلب لاصدار الخطاب ضمن الشروط التي اتفق عليها مع المستفيد ، ومن الشروط ان يتضمن الخطاب عند صدوره بيانات لازمة كاسم المستفيد ومبلغ الضمان والشرط منه ومدة سريانه ، كما يتضمن الخطاب تمهيداً من البنك يدفع قيمته عند اول طلب من المستفيد دون الحاجة الى أخذ موافقة العميل وبالرغم من معارضته (١) .

لذلك فان علاقة العميل بالبنك علاقة عقدية التزم البنك فيها باصدار خطاب الضمان وفق الشروط التي تم الاتفاق بشأنها بين العميل والمستفيد على نحو يلتزم العميل في مواجهة البنك بتقديم غطاء لمبلغ الضمان ودفع الممولة والفوائد مقابل التزامات البنك في مواجهة العميل .

#### ١٢٥- التزامات البنك في مواجهة العميل :

١ - اصدار خطاب الضمان الذي كان أحد التزامات العميل بموجب عقد الأساس ، ويصدر البنك هذا الخطاب لصالح شخص يعينه العميل ويسمى المستفيد ، ويتعهد بموجبه ان يدفع مبلغاً محدداً ضمن مدة معينة .

وشخص المستفيد في خطاب الضمان عنصر أساسي في هذا المقعد (٢) ، وبدون ذكر اسم المستفيد لا تكون بصدد خطاب ضمان ،

(١) المرجع السابق ص ٥٦٩ .

(٢) المرجع السابق ص ٥٦٩ . وانظر د. علي جمال الدين عوض : خطابات الضمان .  
للمرجع السابق ص ١٠٨ . د. سميحة القليوبي : الامس القانونية لعمليات البنوك  
ط ١٩٨٨ ص ٤٤١ .

وفضلاً عن ذلك وبالرغم من انه لا يشترط في المستفيد ان يكون أهلاً لاصدار التصرف القانوني وإبرام العقود ، الا انه يتعين ان يكون أهلاً لتلقي الحقوق وهي اهلية الوجوب .

لذلك يعتبر ذكر اسم المستفيد من أركان عقد اصدار خطاب الضمان وليس بالضرورة ان يكون هذا الشخص موسراً أو معسراً شخصاً خاصاً أم عاماً طبيعياً أم حكماً تاجراً أم غير ذلك ، بمعنى ان شخص المستفيد ليس محل اعتبار<sup>(٣)</sup> . وهذا بخلاف شخص العميل الذي يكون طرفاً في اصدار الخطاب ويتعين ان يكون هذا الشخص متمتعاً بخصائص يقبلها البنك ، كأن يكون مليئاً ، حسن السمعة . لان الاعتبار الشخصي ملحوظ في خطاب الضمان بالنسبة للعميل ولا يقبل البنك ضمان عميله الا لثقتة به وبقدرته هذا العميل على تنفيذ الالتزامات التي تمهد القيام بها<sup>(٤)</sup> .

٢ - اخطار العميل بمطالبة المستفيد من الخطاب : ولا يعني ذلك ان للعميل ان يمارس في دفع القيمة للمستفيد او ان البنك سيمتنع عن الوفاء اذا عارض العميل ، بل ان ما يعنيه هذا الالتزام يتحقق في مصلحة العميل من حيث انه يسعى الى تنفيذ التزاماته قبل المستفيد، واثبات ذلك بالأبراه والمخالصة أو اللجوء الى القضاء .

وتبدو أهمية اخطار العميل قبل دفع قيمة الخطاب من خلال علاقة البنك بهذا العميل التي تقوم على أساس من حرص كل منهما على استمرارها ، ولا يعتبر البنك مصدر الخطاب وكيلاً عن العميل في الوفاء للمستفيد ، لان التزام البنك في دفع قيمة الخطاب التزام

(٣) انظر في هذا الرأي د. وهما سعيد : المرجع السابق ص ٣٨٢ .

(٤) يقول الدكتور محسن شليق : « ويترتب على وجود الاعتبار الشخصي ان الفلظ الواقع في شخص العميل يفسد الاتفاق على اصدار الخطاب ، كما يترتب على الاعتبار الشخصي عدم جواز التنازل عن خطاب الضمان ولو تنازل العميل عن المشروع الذي صدر الخطاب بمناصبته » .

انظر في ذلك د. علي جمال الدين هوش : المرجع السابق ص ١١٠ .

أصيل مستقل عن أية علاقة أو التزام سابق عليه ولو كان سبباً  
في إصداره<sup>(٥)</sup> .

والبنك اذ يحرص على إخطار عميله قبل دفع قيمة الخطاب  
لا يفعل ذلك متقيلاً بتعليمات هذا العميل ، لانه كما ذكرنا ليس  
وكيلاً عنه ، وما صدور الخطاب بالصيغة التي يقترحها العميل بعد  
ان يناقشها البنك الا تنفيذاً للالتزام الناشئ عن عقد الأساس المبرم  
مع المستفيد . ويكون تدخل البنك لتعديل الصيغة لتنبيه العميل  
الى المخاطر التي قد تحدث ، وفي الوقت ذاته له حق رفض اصدار  
الخطاب اذا كانت الصيغة المقترحة غامضة تؤدي الى منازعات عند  
التنفيذ .

وعموماً فإن البنك اذا لم يرض عن صيغة الخطاب كما قدمها  
العميل أو شرط تضمنته فإنه يرفض اصدار الخطاب ، ولا يكون  
أمام العميل الا الرضوخ لمقترحات البنك ، وبالنتيجة لا يسأل  
البنك اذا هو لم يتم بإخطار العميل بمطالبة المستفيد الا عن الضرر  
الذي يلحق بالآخر نتيجة عدم الإخطار اذا كان من شروط العقد  
المبرم فيما بين العميل والبنك ، وهذا الضرر لا يمكن ان يكون  
قيمة الخطاب اذا دفعه البنك .

### ٣ - إعادة غطاء خطاب الضمان الذي قدمه العميل :

ان غطاء خطاب الضمان هو الضمان التي يقدمه العميل للبنك عند  
الاتفاق على فتح عقد الاعتماد بالضمان ، وغطاء الخطاب ذو صور  
متعددة ، ابتداء من سمعة العميل وثقة البنك به ، وهذه الصور  
للغطاء تكون اما نقدية أو عينية ، والغطاء العيني يكون أوراقاً مالية

(٥) يرى بعض الفقه ان علاقة البنك بعميله تقوم على اساس من الوكالة التي يكون بموجبها  
البنك وكيلاً عن العميل في دفع قيمة خطاب الضمان للمستفيد . ويرى البعض الآخر ان  
المقد بين البنك والعميل من عقود الخدمات المصرفية وترى خلاف ذلك لان المقد بين  
البنك والعميل أساسه علاقة منفصلة عن علاقة البنك بالمستفيد من الخطاب .  
انظر د . علي جمال الدين عوض : المرجع السابق ص ١٠٦ .

أو أوراقاً تجارية ، وقد يكون مبلغاً نقدياً يتم تجنبه من حساب  
جار للعميل .

وقد يكون هذا الغطاء رهناً عقارياً يقدمه العميل ضماناً لقيمة خطاب  
الضمان ، ولا يتوقف إعادة الغطاء الى العميل على انقضاء مدة سريان  
الخطاب دون ان يطالب المستفيد بقيمته فحسب ، بل يلتزم البنك برد هذا  
الغطاء اذا دفع العميل قيمة ما دفعه البنك للمستفيد مضافاً اليه الفوائد  
المتفق عليها والعمولات<sup>(٦)</sup> .

#### ١٢٦- التزامات العميل في مواجهة البنك :

##### ١ - تقديم غطاء خطاب الضمان :

اسلفنا فيما تقدم ان البنك يقدم الضمان الذي يفرضه المستفيد على  
العميل ، وتدون صيغة الضمان في الخطاب الذي يصدره البنك لصالح  
المستفيد ، وهذا الخطاب هو اعتماد بالضمان يتقرر بمجرد توقيع البنك  
بما يعني ان البنك يتعهد شخصياً وفاء قيمته عند مطالبة المستفيد به<sup>(٧)</sup> .

ويترتب على ذلك انه لا يجوز للبنك اضافة مبلغ خطاب الضمان الى  
الجانب المدين من حساب العميل الا من تاريخ دفع المبلغ للمستفيد  
تأسيساً على ان الجهة التي صدر خطاب الضمان لصالحها قد لا تطلب  
قيمة الخطاب اذا أوفى العميل بالتزاماته في مواجهتها على نحو لا يبقى  
أي مبرر لاضافة قيمة الخطاب على حساب العميل .

والمقصود بغطاء خطاب الضمان الضمانات التي يقدمها العميل عند  
الاتفاق مع البنك لكي يغطي بها مقدار ما قد يدفعه الأخير الى المستفيد  
مضافاً اليه أية مبالغ ينفقها البنك بمناسبة الخطاب وكذلك العمولات  
والفوائد المتفق عليها .

(٦) سيأتي الحديث عن غطاء خطاب الضمان تفصيلاً في الفقرة التالية .

(٧) انظر الدكتور علي جمال الدين عوض : المرجع السابق ص ٩٢ ويرى ان قيمة خطاب  
الضمان تمثل ديناً احتمالياً في ذمة البنك ويصبح مؤكداً ومستحقاً عند مطالبة المستفيد  
البنك بوفائه .

وقد يمثل مقدار الغطاء نسبة مئوية من قيمة الخطاب وتصل أحياناً الى ١٠٠٪ عندما لا يكون العميل معروفاً لدى البنك وتموزه الثقة ، وقد يصدر الخطاب بدون غطاء اذا كان العميل يتمتع بثقة البنك أو اذا كان طالب اصدار الخطاب أحد البنوك الأجنبية من الدرجة الأولى ، اذ في هذه الحالة يصدر البنك المحلي خطاب الضمان بناء على طلب البنك الأجنبي لصالح شخص مقيم وبدون أية ضمانات أو غطاء على أساس المعاملة بالمثل .

وتبدو صور غطاء الخطاب واضحة فيما يلي :

١ - الغطاء النقدي • ٢ - الغطاء الميني • ٣ - الغطاء المنوي •

#### الغطاء النقدي :

هو أبسط هذه الصور ويتمثل في قيام العميل بتقديم مبلغ من النقود يساوي قيمة خطاب الضمان ونفقاته بحيث يبقى هذا المبلغ على شكل ودیعة لدى البنك يتم الافراج عنها بانقضاء مدة الخطاب (٨) •

واذا كان العميل يتمتع بثقة البنك فيكتفي الأخير بالتأشير على حساب العميل لديه ولا يتمتع على العميل استقلال موجودات حسابه بالقدر الذي يقرره البنك •

وتأسيساً على ما تقدم فإن المبلغ النقدي الذي يضمه العميل غطاء لخطاب الضمان يكون أمر استرداده سهلاً اذا لم يطلب المستفيد دفع قيمة الخطاب في موعده ، اذا ما قيس بالاجراءات الروتينية التي تصاحب استرداد هذا المبلغ لو وضع تحت يد المستفيد كتأمين نقدي وخاصة

---

(٨) انظر د<sup>٢</sup> سمیحة القلیوبی : المرجع السابق ص ٤٣٤ وما بعدها وتقول « ويودع البنك هذه المبالغ في حساب يحمل اسم ( احتياطي خطاب الضمان ) لا يجوز للعميل التصرف فيه حتى ينتهي التزام البنك بالتأمين عن خطاب الضمان » •

المؤسسات الحكومية • وهذا أحد الأسباب التي يبرر بها العميل العزوف عن وضع تأمين نقدي لدى المستفيد (٩) •

وقد يصدر خطاب الضمان بغطاء جزئي أو بدون غطاء وفي كل الاحوال يترتب بذمة العميل قيمة الخطاب اذا دفعه البنك الى المستفيد ضمن المدة المعينة به ، على انه اذا لم يتم دفع المبلغ للمستفيد وانتهت المدة المحددة أصبح للعميل حق المطالبة بالافراج عن الغطاء ويسأل البنك اذا هو تراخى في الافراج عن الغطاء الذي استحق في ذمته من اليوم التالي لانتهاء مدة الخطاب •

ويكون وفاء البنك بقيمة خطاب الضمان بعد انتهاء المدة على مسؤوليته ولا يسأل العميل عن ذلك الا اذا كانت مطالبة المستفيد قد وردت الى البنك ضمن مدة سريان الخطاب لانه لا ارتباط بين ميعاد المطالبة بصرف قيمة خطاب الضمان اذا وصلت ضمن المدة وبين تاريخ صرف هذه القيمة ، ويلتزم البنك بصرف قيمة الخطاب اذا وصلت اليه ضمن المدة وانه اذا تم الصرف الفعلي في اليوم التالي لانقضاء المدة ، فليس هناك مسؤولية على البنك لهذا الوفاء لان العبرة بتاريخ المطالبة (١٠) •

وقد يمثل الغطاء النقدي مستحقات العميل لدى المستفيد في عقد المتأولة ( عقد الأساس ) اذا تنازل عنها العميل وهو غالباً ما يبرم بشأنها

---

(٩) تلجا البنوك الى وضع الغطاء النقدي في حساب تحت اسم غطاء خطابات الضمان ، وذلك تجنباً لها من اموال العميل ، لان المخاطر التي يحاول البنك تلجئها تنقلها الى ذلك • لانه من الجائز ان تجهز اموال العميل لدى البنك لصالح دائنتين أخريين ، كما تلجا البنوك كذلك الى تجنب ما يقابل قيمة الوديعة لديها بحيث تتفادى ايضاً مخاطر الاللاس والحبس ... الخ • انظر د • علي جمال الدين عوض : المرجع السابق ص ٩٥ •

(١٠) انظر د • رضا مهدي : المرجع السابق ص ٣٩٩ وانظر نقض مصري • الطعن رقم ١٣٢٤ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨٠/١٢/٢٢ غير منشور نقض مصري الطعن رقم ١٥٩ لسنة ٤٦ ق جلسة ١٩٨٠/٢/١١ غير منشور راجع في ذلك د • احمد حسني : قضاء النقض التجاري ط ١٩٨٢ ص ٢١٩ ~

عقداً مع البنك والمستفيد هو عقد الحوالة ، يكون بموجبه العميل محيلاً  
والبنك محالاً له والمستفيد محالاً عليه ، وتكون هذه المستحقات هي القطاء  
لخطاب الضمان ، وتمثل تنازل العميل عن هذه الحقوق الناشئة عن عقد  
الأساس المبرم مع المستفيد (١١) .

#### القطاء العيني :

يتمثل في تقديم أوراق مالية أو تجارية أو صكوك أو بضائع وتقبل  
الأوراق المالية كقطاء لخطاب الضمان مع الأخذ بعين الاعتبار القيمة  
السوقية لها ، ويكون قبول هذه الأوراق إما برهنها لدى البنك وإما  
بالتصريح ببيعها عند الاقتضاء (١٢) والأوراق المالية تمثل الصكوك ذات  
القيمة النقدية كسندات الاستثمار واستناد الدين العام التي يصدرها البنك  
المركزي أو مؤسسات الدولة .

أما الأوراق التجارية كالكبيالة وسند السحب والسند الأذني والشيك  
فتقبل كقطاء لخطاب الضمان إذا كانت لصالح العميل ، ويقوم بتظهيرها  
تأمينياً ويلجأ البنك في غالب الأحيان إلى طلب تظهيرها تظهيراً ناقلاً للملكية  
أو تظهيراً توكلياً ، لأنه يقوم بالصفة الأخيرة بمطالبة المدين بهذه الأوراق  
في مواعيدها ، ويحمل نتائج تراخية في المطالبة ، كما ويطالب المدين بقيمة  
هذه الأوراق إذا تم تظهيرها له تظهيراً ناقلاً للملكية .

وفي هاتين الحالتين فإنه يضع ما حصل عليه من مقابل في حساب  
العميل ، أما ما يتم تحصيله من مقابل إذا كانت الأوراق مظهرة للبنك تظهيراً  
ناقلاً للملكية فتدخل في حساب البنك ، ويمثل هذه الحالة يكون البنك  
قد منحت العميل تسهيلات في جوانب متعددة منها إصدار الكفالات المصرفية  
وخطابات الضمان ، والأوراق المخصومة والحساب الجاري ٠٠٠ الخ .

(١١) انظر د. سميرة القليوبي : المرجع السابق ص ٤٣٦ . د. محمود سمير الشرفاوي :

المرجع السابق ص ٥٦٩ .

(١٢) انظر د. علي جمال الدين عوض : المرجع السابق ص ٩٦ . د. سميرة القليوبي :

المرجع السابق ص ٤٣٥ .



ومن صور غطاء خطاب الضمان البضائع التي يضعها العميل بتصرف البنك أو في مخازنة ويشرف البنك مع العميل على بيع هذه البضائع اذا كانت معدة لذلك ويقبض البنك الجزء الذي يغطي خطاب الضمان من ثمن هذه البضاعة .

وقد يكون غطاء خطاب الضمان المستندات التي تمثل بضاعة مشحونة من الخارج ذلك ان تلك الأوراق قابلة للتداول بطريق التظهير ويجوز التنازل عنها . ويقوم العميل بمثل هذا الاجراء عندما يستورد بضاعة من بائع اجنبي ولا يدفع له كامل الثمن الا بعد الوصول ، ويصدر لصالح البائع خطاب ضمان من أحد البنوك بضمن غطاء المستندات التي تمثل البضاعة (١٣) .

#### الغطاء المعنوي :

هو الثقة التي يتمتع بها العميل لدى البنك ، وبموجبها يصرح العميل للبنك ان يتقاضى مقابل خطاب الضمان اذا تم دفعه من أية أموال تعود له سواء من حسابه لديه ، أو يخصم الأوراق التجارية أو بتقديم بوليصة تأمين صادرة عن إحدى شركات التأمين تضمن بموجبها العميل في مواجهة البنك اذا دفع الأخير قيمة الخطاب .

والغطاء المعنوي هو ذلك الوضع الذي يرتقيه العميل بنظر البنك والنتائج عن الدراسات التي يقوم بها عن مركز العميل وميزانيات مؤسسته ومركزه المالي ودرجة التزامه بالوفاء بالديون ، وانه اذا وصل العميل لذلك الوضع فإن البنك يمنحه حداً ائتمانياً على المكشوف يصدر على اساسه لحساب ذلك العميل خطابات الضمان والاعتمادات المستندية دون

(١٣) انظر تفصيلاً في ذلك مؤلفات عديدة للقهاء القانون التجاري في الاعتماد المستندي .

د . علي جمال الدين موسى . د . محمود سمير الشراقي . د . سميرة الفليزي .

د . علي الباوودي . د . أمين محمد بدر . د . صليبي بلس . د . ياقوت المشاوي .

د . رضا عبيد .

ان يطالبه بغطاء . ويكون الغطاء المعنوي في حالة تقديم الأمر طالب الضمان  
أحد حقوقه المعنوية كبراءة اختراع . أو المعرفة الفنية التي يملكها (١٤) .

ومع ذلك ، فإن البنك ربما يقوم بإصدار خطاب الضمان بناء على  
طلب عميل موثوق وبدون ان يقدم هذا العميل أي غطاء أو ان يقدم  
غطاء غير كامل ، والبنك اذ يفعل يعطي ائتمانه لهذا العميل معتمدا على  
سمعة هذا العميل وملاءته ، لكنه لا يأمن المخاطر ، ذلك انه من الممكن  
ان يفني للمستفيد قيمة خطاب الضمان ولدى الرجوع على عميله لا يجد  
لديه ما ينفذ عليه (١٥) .

## ٢ - الالتزام بدفع العمولة والفوائد :

العمولة والفوائد تمثلان جانباً من الارباح التي يضعها البنك على  
العميل عندما يمارس أية عملية من عمليات الائتمان المصرفي سواء بالضمان  
أو القبول ، والبنك اذا ما منح ائتمانه بان كان ضامناً ل أحد عملائه سواء  
كان كفيلاً له أو أصدر بناء على طلبه خطاب ضمان أو وقع معه عقد  
اعتماد مستندي ، فهو يحقق من جراء ذلك عمولة بنسبة مئوية تحددها  
الاعراف المصرفية المثبتة وفق تعليمات يصدرها البنك المركزي .

ويستحق البنك هذه العمولة بمجرد قيامه بالعملية على نحو يقيدها  
على حساب عميله فور الانتهاء من اتمام العملية المصرفية ، أما الفوائد ،  
فإن البنك يحصل عليها بمجرد منح الائتمان للعميل بواقع زمني تستمر  
معه ما استمرت العلاقة فيما بينه وبين العميل ، بمعنى ان الفوائد تتحقق  
على قيمة خطاب الضمان منذ اليوم الأول الذي يصدر فيه هذا الخطاب  
وتستمر الى ان ينقضي التزامه بموجبه ، على انه اذا انقضى الالتزام

(١٤) انظر في الحقوق المعنوية : المؤلف . عقود التجارة الدولية في مجال نقل التكنولوجيا  
ط ١٩٨٨ .

(١٥) انظر في ذلك د . عبدالقادر السويدي : اقتصاديات النقد والبنوك . ط ٩٨١ ص ١١٩  
وما بعدها .

بغير الوفاء كما لو انتهت المدة ولم يطالب المستفيد بقيمة الخطاب ، فإن الفوائد القانونية تتوقف على مبلغ الخطاب منذ اليوم التالي لانتهاء مدته ، أما إذا انقضى الخطاب بدفع قيمته من قبل البنك ، فإن الفوائد تتحقق في ذمة العميل إلى اليوم الذي يسترد فيه البنك دينه منه (١٦) .

### رجوع البنك على العميل :

لا شك ان البنك ينفذ على غطاء خطاب الضمان الذي وضعه العميل ، غير انه اذا كان قد أصدر خطاب الضمان قبل الحصول على مقابل الوفاء كغطاء أو كان هذا المقابل (الغطاء) دون قيمة الخطاب فمن حقه الرجوع على العميل لاستيفاء مقابل ما دفعه للمستفيد بموجب خطاب الضمان بناء على أمر العميل ، وأساس هذا الرجوع هو العلاقة العقدية .

ويلاحظ عملاً ان البنوك لا تصدر خطابات الضمان بدون غطاء وهي لذلك لا يموئها الرجوع على العميل إلا اذا كان البنك الذي أصدر خطاب ضمان بناء على طلب عميله بغير غطاء يعتمد أولاً على ملاءة هذا العميل ، أو اذا وجد تواطؤ من بعض العاملين في البنك بحيث أجازوا الضمان بغطاء وهمي ، وعلى ذلك فإن البنك اذا دفع للمستفيد قيمة خطاب الضمان بصورة صحيحة أي انه دفع قيمة الخطاب بناء على طلب المستفيد وائناء المدة ، فيكون من حقه الرجوع على العميل لقبض ما دفعه ، ولا يجدي العميل آثاره الدفع بأن المستفيد أتى غشاً بمطالبة البنك بالوفاء (١٧) أو لأي سبب ناشيء عن عقد الأساس الذي يربطه بعلاقات

---

(١٦) تتوقف الفوائد من مبلغ خطاب الضمان ، عند الإبراء والتفاد وأجراء الخاصة بتاريخ وقوعها ، وتتوقف بالانتهاء مدته أو إعادته إلى البنك ، وأيضاً بتاريخ تقرير استحالة تنفيذ التزام العميل في علاقته بالمستفيد وفي كل الأحوال بالتفاد العميل والبنك .

(١٧) يستطيع الأمر الرجوع على المستفيد الذي أتى غشاً ، وله كذلك مقاضاته بناء على العلاقات العقدية الناشئة عن عقد الأساس .

قانونية مع المستفيد ، لأن استقلال الالتزام في خطاب الضمان يمنع البنك ان يرفض الوفاء للمستفيد بسبب يرجع الى علاقة البنك بالعميل أو الى علاقة العميل بالمستفيد ، ومتى وفي البنك للمستفيد المبلغ المتفق عليه في خطاب الضمان أصبح له حق الرجوع على العميل بقدر المبلغ المدفوع لا على أساس انه يحل محل المستفيد بل على أساس الالتزام العقدي الناتج عن العقد المبرم بينه وبين العميل (١٨) ، ويرجع البنك على عميله بكل ما انفقه بمناسبة إصدار الخطاب ويمثل ذلك قيمة الضمان والفوائد والصولة .

#### رجوع العميل على البنك الضامن :

إذا دفع البنك الضامن قيمة خطاب الضمان للمستفيد بعد انقضاء المدة المتفق عليها مع العميل فانه يكون قد أدخل بالتزاماته في مواجهة العميل بموجب عقد الاعتماد ، وبهذه الحالة إذا استوفى البنك قيمة الخطاب التي دفعها للمستفيد من الغطاء الذي وضعه العميل ، فانه يتقرر للأخير حق الرجوع على البنك بما استوفاه بدون وجه حق ، ذلك ان العلاقة العقدية التي نشأ خطاب الضمان بمناسبة والتي هي عقد الاعتماد ، تنقضي بانقضاء مدة خطاب الضمان بدون مطالبة .

وانه إذا كان البنك قد مد مدة الخطاب دون أخذ موافقة العميل فانه يلتزم في مواجهة المستفيد على أساس علاقة لا يرتبط بها العميل بمعنى

---

(١٨) انظر في ذلك د. علي جمال الدين عوض : المرجع السابق ص ٢٧٤ والهامش ١ ص ٢٧١ وانظر عكس ذلك استئناف القاهرة جلسة ١٩/٢/١٩٦٣ المجموعة الرسمية السنة ٦١ ص ١١٢ مضار اليه في المرجع السابق . ورات محكمة الاستئناف في القاهرة ان البنك اذا وفي قيمة الخطاب للمستفيد فانه يحل محل الأنتج في الرجوع على العميل . ونرى ان هذا الرأي من قبل استئناف القاهرة محل نظر ذلك لان رجوع البنك الضامن على العميل الأمر أساسه عقد الاعتماد الذي صدر تنفيذاً له خطاب الضمان . ويترتب على ذلك ان الضامن مكلف بالوفاء للمستفيد اذا اراد الرجوع على العميل .

أن البنك الضامن يسأل اذا خالف تعليمات عميله بموجب عقد الاعتماد ، كان يعطي خطاب ضمان خلافاً لاتفاقه مع العميل الذي كان على أساس الكفالة أو يعطي الضمان لمدة اطول من المدة المتفق عليها مع العميل ، أو يمد المدة دون موافقته (١٩) .

ولا نرى كما يرى البعض ان البنك اذا أوفى قيمة خطاب الضمان بعد انقضاء مدته يقوم بنور الفضولي ويلتزم العميل بما وفى عنه ، واننا اذا نمازى هذا الرأي نعلم أساساً لراينا ان الفضالة كما وردت في المادة ٣٠١ من القانون المدني يجب ان يتوافر في تصرف الفضولي خصائص من بينها القيام بفعل نافع أوجبه الضرورة أو قضى به عرف ، وحسمت محكمة النقض المصرية هذه النقطة الخلافية عندما تسلك البنك في قضية رفعت ضده بأنه جدد خطاب الضمان دون اذن عميله لانه اتخذ مركز الفضولي ، وان سلوكه صحيح (٢٠) .

وقضت محكمة النقض المصرية بقولها « من المقرر في قضاء هذه المحكمة انه لا قيام لاحكام الفضالة حيث تقوم بين طرفي الخصومة رابطة عقدية بل يكون العقد وحده هو مناط تحديد حقوق كل منهما والتزاماته قبل الآخر ، فان تمسك الطاعن باحكام الفضالة في مواجهة مورث الطاعنين

---

(١٩) انظر د. هفي جمال الدين هوش : خطابات الضمان . المرجع السابق ص ٢٨٧ . وانظر نقض مصري الطعن ١٠١٣ السنة ٥٠ ق جلسة ٨٥/١١/٣٠ مشار اليه في د. سميرة القليوبي : المرجع السابق ص ٤٤٩ هامش ٣ ورد في حيثيات الحكم ما نصه « ... ولا يكون دفع البنك الى المستفيد صحيحاً كما لا يكون له ان يرجع بما دفعه على عميله الا اذا كان الوفاء قد تم تنليداً لخطاب ضمان صدر صحيحاً ومطابقاً لتعليمات العميل والا تحصل البنك مسؤوليته الوفاء فالذا لم تتحقق الشروط أو لم تقدم المستندات المحددة في الخطاب انتهى ضمان البنك وكان لميله ان يسترد منه غطاء خطاب الضمان في اليوم التالي لالهاء الضمان » .

(٢٠) انظر نص المادة ١٨٨ من القانون المدني المصري والمادة ١٨٩ من القانون المدني السوري .

بمد أجل خطاب الضمان رغم ما بينهما من رابطة عقدية يكون في غير  
محله» (٢١) .

لذلك فإن خصائص التزام البنك في خطاب الضمان بأنه مستقل وإن  
خطاب الضمان ذو كفاية ذاتية وأنه حق شخصي للمستفيد ، وأنه تنفيذ  
لالتزام ناشئ عن عقد أبرم بين البنك وعميله ، يتقرر على أساسها أهمية  
الخطاب وأهمية الالتزام الناشئة عنه .

---

(٢١) لجلس مصري جلسة ١٩٧٩/١٢/٣١ مشار إليه في د. علي جمال الدين عوض : عمليات  
البنوك . المرجع السابق ص ٥٨٠ وجرى قضاء اللغض المصري على أنه إذا طالب  
المستفيد بقيمة الخطاب أو تمديد مدته خلال سريته ، وإن البنك تأخر في الدفع إلى  
ما بعد انتهاء مدته ، فإنه أولاً يلتزم البنك الوفاء للمستفيد الذي وردت مطالبته  
إثناء سريان الخطاب ، ولأنه يكون للبنك الرجوع على عمله لاستيفاء ما دأبه  
للمستفيد ، على أساس أنه لم يخالف تعليمات العميل .

## المبحث الثالث

### العلاقة بين البنك والمستفيد

١٢٧- قررنا فيما سبق ان العلاقة فيما بين البنك والمستفيد أساسها خطاب الضمان ، وهي علاقة تماقدية انشأها الاتفاق الضمني بينهما<sup>(١)</sup> وان وصول الخطاب الى المستفيد ومع انه يرتب بدمه البنك الالتزام يدفع قيمته خلال مدة سريانه ، الا ان الالتزام بما تضمنه لا يصبح باتاً ونهائياً الا اذا وصل الى المستفيد ولم يرفضه .

وهذا يعني ان التصرف القانوني الذي أصدره البنك والذي عبر فيه عن استعداده للالتزام في مواجهة المستفيد بدفع قيمة خطاب الضمان لا يكون باتاً ونهائياً ويجوز الرجوع عنه طالما لم يصل الى المستفيد ، وفوق ذلك فان وصول الخطاب الى المستفيد لا يضع التصرف القانوني في صورة الالتزام البات النهائي الا اذا قبله المستفيد .

ورغم محاولة بعض الفقه الأصرار على موقفه بان التزام البنك في مواجهة المستفيد التزام ارادي ينشأ من جانب واحد ، وان هذا الالتزام مصدره خطاب الضمان الموجه الى المستفيد ، الا انه ورد في كثير من كتاباتهم ما يدل على انهم لم يتمكنوا من اخفاء اعترافهم بالعلاقة العقدية فيما بين البنك والمستفيد وان التزام البنك اثر لهذه العلاقة .

(١) انظر د. علي جمال الدين عوض : عمليات البنوك . المرجع السابق ص ٥٩٨ ويرى ان العلاقة المؤدية الى ضمان البنك لصالح المستفيد لا يعتبر عقداً بينه وبين الأمر والبنك وليس تنفيذاً لمقد بين البنك والمستفيد من الخطاب . وذهب معه في هذا الاتجاه د. سميرة القليوبي : المرجع السابق ص ٤٤٢ وتقول : « يتميز التزام البنك بالنقسي عن خطاب الضمان قبل المستفيد بأنه التزام نقسي عن إرادته المنفردة » وانظر آراء كثيرة حول هذا الموضوع وأحكاماً قضائية ، د. علي جمال الدين عوض : خطابات الضمان . المرجع السابق ص ٤٩ وما بعدها . وانظر د. محمود سمير الشروقي حيث يقول « ويعد التزام البنك باتاً ونهائياً في مواجهة المستفيد بوصول الخطاب الى هذا الأخير وعدم رفضه له » .

وورد في مؤلف الدكتور علي جمال الدين عوض عمليات البنوك . ط ١٩٨٩ قوله « ويؤدي هذا المنطق الى ان ضمان البنك لصالح المستفيد لا يعتبر عقداً بينه وبين الأمر والبنك ، وليس تنفيذاً لعقد بين البنك والمستفيد من الخطاب ، فلا يشترط لالتزام البنك ان يقبل المستفيد الخطاب ، بل يلتزم البنك نهائياً بمجرد اصداره الخطاب ووصوله الى علم المستفيد منه ما دام لم يرفضه » (٢) ويقول « صحيح ان المستفيد في مطالبته البنك يلتزم الشروط الواردة بالخطاب ولكن ليس لانه طرف في عقد بينه وبين البنك بل لان هذه هي حدود التزام البنك كما بينها الأخير في الخطاب المنشئ . لالتزامه قبل المستفيد » ولفات الاستاذ ورد في مؤلف خطابات الضمان ط ١٩٩١ قوله « هذا التمهيد ، خطاب الضمان المستقل » ينشأ عملاً بمرّة عقود ثلاثة :

#### عقد الأساس :

وهو يتم بين مشتر أو رب عمل وبين بائع أو مقاول ، يتفقان على ان يسعى البائع أو المقاول الى اصدار خطاب الضمان من بنك معين .

#### عقد اصدار الخطاب :

ويكون بين هذا المقاول أو البائع . ويسمى الأمر وبين البنك على اصدار خطاب ضمان للمشتري أو رب العمل ويسمى المستفيد ، وأما العلاقة الثالثة فتقوم بين البنك وبين المشتري أو رب العمل وتسمى علاقة الضمان أو علاقة خطاب الضمان (٣) .

(٢) د. علي جمال الدين عوض : عمليات البنوك . المرجع السابق ص ٥٩٨ .

(٣) د. علي جمال الدين عوض : خطابات الضمان . المرجع السابق ص ١٣٠ ويلاحظ انه . انقسم الرأي حول التزام البنك في مواجهة المستفيد ، إذ رأى البعض انه التزام بإرادة مفردة صادرة عن البنك ويمثل هذا الاتجاه معظم الفقه المصري وكذلك الفقه المصري .

وراء البعض الآخر ان علاقة البنك بالمستفيد عقدية ملزمة لجانب واحد ويمثل هذا الاتجاه الفقه الفرنسي في حين ذهب البعض ان العلاقة فيما بين البنك والمستفيد علاقة عقدية من جانبين . انظر في هذا الاتجاهات والأراء . المرجع السابق ص ١٣٠ .



ويبدو ان الاستاذ الدكتور علي جمال الدين عوض قرر الرجوع عن رايه الذي بقي عليه حتى عام ١٩٨٩ في ان التزام البنك في مواجهة المستفيد التزام بإرادة منفردة ، فيقول أن التزام البنك هذا ناشيء عن علاقة عقدية فيما بينه وبين المستفيد ، وهذا هو الاتجاه الذي ذهب اليه الفقه الفرنسي الذي يرى ان العلاقة في خطاب الضمان بين البنك والمستفيد عقدية ملزمة لجانب واحد ، ويترتب على ذلك ان البنك هو الصادر خطاب الضمان يعتبر إيجاباً من قبله ولا بد ان يلحقه قبول المستفيد ، وهذا القبول يكون ضمنيّاً يستفاد من سكوت المستفيد وعدم الاعتراض وعدم رفض هذا الخطاب بعد وصوله اليه(٤) .

ونرى أن قبول المستفيد للخطاب يظهر في عدم رفضه ، وعدم الرفض هو التصرف القانوني الضمني الصادر من المستفيد والذي عبر فيه بإرادته عن قبوله لإيجاب البنك كتصرف قانوني صادر من قبله ، وإن التقاء التصرفين يعني انبرام العقد فيما بينهما(٥) .

(٤) ذهب القضاء المصري الى ان التزام البنك في مواجهة المستفيد نشأ من إرادته المنفردة وظهر هذا الاتجاه في الكثير من الأحكام . انظر نقض مصري الطعن رقم ١٠١٢ لسنة ٥٠ ق بتاريخ ١٩٨٥/١٢/٣٠ وورد فيه « ... ولكن يجب لالتزام البنك بالخطاب أن يصل الى علم المستفيد ، وليس معنى ذلك انه يلزم قبول المستفيد بحيث يلتقي مع إيجاب صادر من البنك بل ان البنك بإرادته المنفردة وبمعا وهي كافية لذلك . ولكن معنى اشتراط وصول هذه الإرادة الى المستفيد ان البنك يستطيع الرجوع في إرادته طالما لم يصبح للمستفيد حق نهائي ضد البنك » وانظر نقض مصري الطعن ٦١٨ لسنة ٤٨ ق جلسة ١٩٨١/٣/٣٠ وورق ٦٤٨ لسنة ٤٨ ق جلسة ١٩٨١/٢/٣٠ وانظر د. محي الدين اسماعيل علم الدين : المرجع السابق ص ٥٩٢ ويقول « للمستفيد عندما يتلقى خطاب الضمان ان يقرض على محتوياته خلال فترة معقولة تكفي لبحث ما اذا كان مبلغ الخطاب هو التامين المطلوب وما اذا كانت شروطه تناسبه أو لا تناسبه » .

(٥) انظر د. محي الدين اسماعيل علم الدين : المرجع السابق ص ٥٦٨ ويقول « ... ومعنى ذلك ان المستفيد اذا لم يرفض الخطاب في وقت معقول من وصوله اليه فانه يعتبر غير معترض عليه » ويقول كذلك « ... وانما يسمح القانون بان يكسب الشخص حقاً من عقد لم يكن طرفاً فيه وذلك هي صورة الاشتراط لمصلحة الغير وحتى في هذه الصورة احترم المشرع الحرية الشخصية فقرر ان هذا الحق لا يفتى اذا رفضه المستفيد منه » . وانظر د. رضا عبيد : المرجع السابق ص ٣٨٤ وما بينها ويقول « ويجوز مستفيد من خطاب الضمان من العناصر الأساسية في هذا العقد ، ان يكون مستفيد لا يكون بصمد عقد اصغار خطاب ضمان مستكمل كافة العناصر القانونية المطلوبة لهذا العقد » .

وهكذا فإن مصدر التزام البنك أساسه الاتفاق الذي يربطه بالمستفيد وهذا الاتفاق كما اسلفنا هو القبول الضمني الصادر من المستفيد والذي يتضمن قبوله بخطاب الضمان الذي أصدره البنك بكافة شروطه من حيث قيمته ومدته . وبهذا لا يلتزم البنك بأية التزامات لم ترد في الخطاب وليس للمستفيد المطالبة بما لم يرد في هذا الخطاب<sup>(٦)</sup> لأن البنك إذا أوفى ناي التزام لم يرد في خطاب الضمان فإنه يمتنع عليه الرجوع على عميله بما وُفي تأسيساً على أن العلاقة بينه وبين العميل عقدية .

وإذا أصدر البنك خطاب ضمان لصالح مستفيد بشروط لم يتضمنها العقد المبرم فيما بينه وبين العميل فذلك يعني أن البنك أصدر الخطاب بشروط مقاييرة لتلك التي اتفق عليها مع العميل ، وهو بذلك يلتزم بما أصدره ويتحمل مسؤولية تمويض الأضرار التي تلحق بالعميل إذا هو دفع مبلغاً أكبر من المبلغ المتفق عليه معه أو بعد المدة التي كانت محل هذا الاتفاق<sup>(٧)</sup> .

ونناقش فيما يلي التزامات البنك في مواجهة المستفيد ونسور في مجملها ضمن إطار التزامه بدفع قيمة الخطاب الى المستفيد بمجرد المطالبة في المطلب الأول وفي المطلب الثاني نتحدث عن آثار علاقة البنك بالمستفيد المتعلقة بالمطالبة بالدفع وتمديد الخطاب ومدة سريانه وتمديداتها وفي المطلب الثالث نناقش معنى رجوع البنك الضامن على المستفيد .

Gavida, et stoufflet op. cit P. 12

(٦) انظر

وانظر نقض مصري العلن رقم ١٣٤٢ لسنة ٤٩ : جلسة ١٩٨٠/١٢/٢٢ مجلة المحاماة ص ٦٥ وورد في حقيبات الحكم « ان علاقة البنك بالمستفيد يحكمها خطاب الضمان وحده وعباراته هي التي تحدد التزام البنك والشروط التي يدفع بقتضاها حتى اذا ما طُلب بالوفاء في الاناء سريان أجل الضمان وتحققت الشروط وخلصت اليه المستندات المحددة في الخطاب وجب عليه الدفع فوراً » .

(٧) تضمن مشروع القواعد والمبادئ المتعلقة بخطابات الضمان والصادر عن غرفة التجارة الدولية حكماً في المادة ١٣ ورد فيه « يتعين أن تكون شروط ونصوص خطابات الضمان وتمديداتها كاملة ودقيقة ، ومن أجل تجنب اللبس وسوء الفهم يجب تجنب أي محاولة لتضيق تصويلات مفرطة في خطاب الضمان أو التعديل » . راجع مشروع غرفة التجارة الدولية المتعلق بالقواعد الموحدة لخطابات الضمان الصادر بتاريخ ١٩٨٦/٥/٢٣ . علي جمال الدين عوض : عمليات البنوك \* المراجع السابق ص ٦٤٦ . وانظر د. حيلة شعاعه : المراجع السابق ص ٣٠٩ هامش ١ .

## المطلب الأول

### التزام البنك بدفع قيمة خطاب الضمان

١٢٨- البنك ليس وكيلًا عن العميل ولا يلتزم بشروط خطاب الضمان على أساس أنها وردت لمصلحة الغير بل يلتزم بشروط الخطاب على أساس أن التزامه في مواجهة المستفيد التزام أصيل ومستقل عن الالتزامات التي تضمنتها عقد الأساس المبرم فيما بين العميل والمستفيد ، وكذلك عن الالتزامات التي تضمنتها عقد إصدار خطاب الضمان المبرم فيما بين العميل والبنك .

لذا كان التزام البنك بدفع قيمة خطاب الضمان باتًا ونهائيًا بما يحقق الوظيفة التي وجد من أجلها وهي كونه بديلا عن التأمين النقدي ، ويعني ذلك أن البنك لا يمكنه أن يرفض الوفاء لسبب يرجع إلى علاقته بالعميل أو لسبب يرجع إلى علاقة العميل بالمستفيد (١) .

وقضت محكمة التمييز بهذا الخصوص بقولها « وخطاب الضمان له خصائص وشروط لم تتوفر لهذه الكفالة ، أولها أن يكون التزام البنك أو المؤسسة المالية الذي يصدر الكفالة مستقلا عن التزام عميله المكفول ، وأن يكون المبلغ الثابت به مستحقًا فور إصدار الخطاب ووصوله إلى علم المستفيد منه » (٢) .

وبالإضافة إلى كون التزام البنك باتًا ونهائيًا فإنه مستقل عن الالتزامات التي كانت أثرًا للعلاقة فيما بين العميل والبنك ، وهو ما

---

(١) انظر د. محمد حسني عباس : المرجع السابق ص ١٤٠ ويقول « ونؤكد التزام البنك الطمحي فيمتنع على البنك إلغاء التزامه لأن الأصل أن خطاب الضمان يرتب تهمداً نهائياً يصدر من البنك بمجرد طلب المستفيد » وانظر تقضى مصري المطن رقم ١٠٦ سنة ٣٧ : ورقم ١١ سنة ٤٠ ق جلسة ١٤/٣/١٩٧٣ ص ٢٣ من ٤٠١ .

(٢) انظر تمييز حقوق رقم ٨٩/١٠٢٨ مجلة النقابة السنة ٣٦ ص ١٣٥٣ .

يعني ان هذا الالتزام منفصل عن الالتزامات السابقة له . لان اثر العلاقة فيما بين البنك والمستفيد اساسها خطاب الضمان وهذه الخصيصة لهذا الالتزام يترتب عليها النتائج التالية :

١ - لا يضمن البنك حسن تنفيذ العميل لالتزاماته في عقد الاساس بمواجهة المستفيد ، لانه لا يراقب التنفيذ ، ولو فعل ذلك لكان وكيلًا عن العميل أو كفيلاً له .

٢ - لا يجوز للبنك ان يرفض وفاء قيمة خطاب الضمان للمستفيد لسبب يرجع الى علاقة البنك بالعميل أو لسبب يرجع الى علاقة العميل بالمستفيد .

٣ - لا يجوز للبنك الامتناع عن دفع قيمة الخطاب بالدفع بالمقاصة بالنسبة لديونه المستحقة على العميل ولا ديونه في ذمة المستفيد ، ذلك لانتهاء شروط الدفع بالمقاصة بين حقوق البنك في مواجهة العميل ، وحقوق المستفيد من خطاب الضمان ، ومن جهة ثانية فان البنك لا تبرأ ذمته الا بدفع قيمة الخطاب للمستفيد ، وتبقى هذه الذمة مشغولة بمبلغ الخطاب في حالة الدفع بالمقاصة الا اذا كان وفاء البنك بقيمة خطاب الضمان للمستفيد يتم عن طريق التأشير على حساب المستفيد لديه على نحو تكون قد اختلطت قيمة خطاب الضمان بمبالغ للمستفيد واصبحت غير مفرزة ، ويستطيع البنك في هذه الحالة اجراء المقاصة باقتال الحساب ونقح المقاصة باتحاد ذمة المستفيد والبنك أو المستفيد والعميل (٣١) .

٤ - يلتزم البنك بان يسدد قيمة خطاب الضمان فوراً كآثر لاستقلال التزامه عن العلاقات السابقة عليه بحيث تكون حدود هذا الالتزام هي قيمة الخطاب ضمن شروطه من حيث المدة والمستندات الواجب ابرازها .

---

(٣) انظر د. محي الدين اسماعيل علم الدين : للرجع السابق ، ص ٦٠٢ . ويقول « كذلك يمكن ان تلغ المقاصة القانونية اذا اتحدت ذمة العميل والمستفيد في شخص أي منهما » . فيصبح من حصل اتحاد الذمة في شخصه دائماً ومدة البنك ، فينتهي الحق والدين بالمقاصة ، ويرد خطاب الضمان ممدداً للعميل . »

وتتحقق مسؤولية البنك اذا هو تأخر في الدفع على نحو يرجع عليه المستفيد بالتعويض لان حق المستفيد ينشأ بمجرد المطالبة على نحو تنتقل اليه ملكية قيمة الخطاب ، ولا يستطيع البنك ان يحبس مالا مملوكا للمستفيد دون سنده من القانون . ونرى ان مسؤولية البنك لعدم الدفع تقوم بصورتها الموضوعية تأسيسا على ان الضرر مفترض نتيجة عدم مبادرة البنك الى الدفع فورا (٤٦) .

وهكذا نرى ان على البنك ان يبادر الى الدفع فورا وفي خلال اليومين التاليين لوصول مطالبة المستفيد اليه ، وهذه هي المدة المعقولة التي اذا وفي البنك للمستفيد خلالها يكون غير مخل بالتزامه في مواجهة المستفيد .

ومع ذلك ذهب البعض الى القول بان البنك ملتزم باخطار العميل بمطالبة المستفيد وللأخير حق الاعتراض على الدفع ويترتب على ذلك امتناع البنك عن الوفاء .

ونحن نرى ان واجب البنك تجاه عميله ان يعلمه بكل ما من شأنه ان يؤثر في مركزه المالي والقانوني ، ويتمين على البنك اخطار عميله بانه سيقوم بدفع قيمة الضمان لورود مطالبة المستفيد ليصبح العميل على علم

---

(٤٦) انظر د. علي جمال الدين عوض : عمليات البنوك . المرجع السابق ص ٤٨٢ ويرى انه لا حاجة بالبنك لاطلاع العميل قبل ان يدفع للمستفيد . وانظر د. رضا عبيد : المرجع السابق ص ٤٤٧ ويقول « انه يمكن للمستفيد مطالبة البنك بالتعويض لو تأخر في دفع قيمة الخطاب حتى ولو لم يثبت الضرر الا يفترض مجرد عدم مبادرة البنك بالصرف لدى الطلب او وقتا لشروط الخطاب ، وكما ان مطالبة البنك في الدفع قد يسهل في موقف الشخص من» النية مما يعني زيادة قيمة التعويضات التي يحكم بها عليه » .

والنظر .

Michel vasseur (D, 1986, 166) La lettre De Garantie op. cit

ويرى ان البنك في ملزم باخطار العميل قبل دفع قيمة الخطاب .

بما ألتخذه المستفيد من اجراء<sup>(٥)</sup> والبنك وهو يقوم بذلك انما يقوم به خارجاً عن كل التزام قانوني .

ولا يعني اخطار البنك عميله قبل ان يدفع قيمة خطاب الضمان الى المستفيد ان من حق العميل المعارضة في الدفع<sup>(٦)</sup> ولا يتعدى حق العميل مقاضاة المستفيد فيما قبضه دون وجه حق بناء على العلاقة الأصلية بينهما والتي هي عقد الأساس .

ويقول الدكتور محسن شفيق في هذا المجال ان البنك يوفي بالتزام شخصي مستقل عن العلاقة بين العميل والمستفيد ، ويرى كذلك انه يجوز للعميل الرجوع على المستفيد لاسترداد ما قبضه من البنك اذا كان لديه ما يبرر هذا الرجوع كما اذا كانت العلاقة أبطلت أو فسخت<sup>(٧)</sup> .

وتأييد هذا الرأي يتوجه محكمة النقض المصرية في أحكام عديدة قضت فيها ان البنك لا يجوز ان يمتنع عن تنفيذ التزامه بدفع قيمة خطاب الضمان وانه على المدين أي عميل البنك ان يتوجه هو بالشكوى الى القضاء اذا قدر انه غير مدين أو ان مديونيته لا تبرر ما حصل عليه المستفيد من البنك<sup>(٨)</sup> .

(٥) انظر في قضاء النقض الفرنسي :

Com. 19 nov, 1985, Banque Intercontinentale Arab. C. Banque Catalane de developpement et autres AV Cassation de Montpellier 2e ch, 19, Janv. 1984.

(٦) تضمن مشروع قواعد خطابات الضمان المد من غرفة التجارة الدولية حكماً في المادة ٢٣ لفترة من يقضي باتهام البنك مصفر خطاب الضمان باخطار العميل بمطالبة المستفيد وذلك بأي وسيلة سريعة . ه البنك الذي كلف من أمر باصدار الضمان يجب عليه ان يعطى الأمر بمطالبة المستفيد بوسيلة سريعة .

(٧) انظر د. محسن شفيق : الوسيط في القانون التجاري ط ١٩٦٢ . الجزء الثالث بند ٤٧٥ .

(٨) نقض مصري : الطعن رقم ٢٩٤ السنة ٣٥ ق جلسة ١٩٦٩/٥/٢٧ والطعن رقم ١٠٦ السنة ٣٧ ق ورقم ١١ السنة ٤٠ ق جلسة ١٩٧٣/٣/١٤ والطعن ١٠١٣ السنة ٥٠ ق جلسة ١٩٨٥/١٢/٣٠ .

وهذا هو التوجه القضائي الفرنسي وردد هذا القضاء في أحكامه ما استقر بشأنه من ان التزام البنك في مواجهة المستفيد مستقل عن أية التزامات ناشئة عن علاقة البنك بالعميل أو علاقة الأخير بالمستفيد .

وقضت محكمة النقض الفرنسية بأنه ليس للعميل المعارضة في الوفاء ولا يمكنه منع البنك من الوفاء بالتزامه المباشر قبل المستفيد لسبب يعود الى مخالفة هذا الأخير لالتزاماته قبل العميل (٩) .

ورأى بعض الفقه « ان صفة استقلال الضمان ليست مجرد وصف للضمان ، بل هي لب فكرته وقلبها وهي التي تبعده عن الكفالة التابعة وتؤدي دورا جوهريا في معرفة وترتيب آثاره » . وهذه الصفة تؤدي الى صفتين مرتبطتين لكنهما مستقلتان ، فالضمان ينشئ ديناً جديداً وهو مستقل عن الدين الذي يضمه » .

ويقول الدكتور علي جمال الدين عوض بشأن استقلال التزام البنك الناشئ عن خطاب الضمان في مواجهة المستفيد « وهكذا فان ارادة الطرفين هي التي تفسر ان التزام البنك مستقل ومنفصل عن عقد الأساس وتتوقف قوة التزام البنك على عبارات خطاب الضمان » (١٠) .

أما بشأن نتائج استقلال التزام البنك في مواجهة المستفيد فحددها الاستاذ ريف لانيج بقوله « يستقل التزام البنك عن الروابط التي أدت الى نشأته وهذا يؤدي الى ما يلي :

١ - انه ليس تابعا كما هو شأن الكفالة .

---

(٩) انظر نقض فرنسي . الدائرة التجارية جلسة ١٩٨٢/١٢/٢٠ . خالو سيري ١٩٨٣ ،

٣٦٥ جلسة ١٩٨٤/١٠/١٧ ، ١٩٨٥ ، ١ ، ٥٢ . وجلسة ١٩٨٥/٢/٥ دالوز سيري ٣٦٩ .

(١٠) انظر في آراء الفقه بشأن استقلال التزام البنك « علي جمال الدين عوض :

خطابات الضمان . المرجع السابق ص ١٤٦ »

٢ - هو مستقل كما هو شأن التزام البنك في الاعتماد المستندي القطعي وكما يلزم النظر في الاعتماد القطعي الى جانب الاعتماد وحده لمعرفة مدى التزام البنك كذلك ينظر الى خطاب الضمان وحده لمعرفة مدى التزام البنك الضامن .

٣ - ويبدو هذا الاستقلال عملاً بتطبيق مبدأ عدم الاحتجاج بدفع عقد الأساس أو أية رابطة أخرى . فليس للبنك التمسك بعيوب علاقته بالأمر مثلاً كإفلاسه ولا بعيوب عقد الأساس ، وبخاصة على البنك الضامن الأول ، ولا على المستفيد . فبطلان العقد الأساسي لا يؤثر على الضمان وكذلك فسخ عقد الأساس لا يؤثر على الضمان بل بالعكس قد يبرر ان طلب وفاء الضمان لرد الدفعات المتقدمة أو حسن التنفيذ أو سوء تنفيذ رب العمل كما وإن التنفيذ الكامل من جهة العميل وحسن التنفيذ وتنفيذ التزاماته كلها لا تبرر المعارضة في الوفاء بخطاب الضمان لانه مستقل عن عقد الأساس الذي صدر بمناسبةه .

٤ - ويرتّب ان البنك لا يستطيع التمسك بدفع مستند من عقد الأساس ، وان شرط التحكيم الوارد بعقد الأساس لا يمتد اليه وكذلك تحديد الاختصاص القضائي ، وليس للعميل الأمر ان يقاضي البنك الذي أصدر الضمان ، والبنك الذي أصدر الضمان المقابل أمام نفس المحكمة لعدم وجود ارتباط بين الالتزامين ، وليس للقاضي المرفوعة أمامه دعوى ضد البنك الضامن ان يوقفها حتى يقضي في عقد الأساس ، ولكن يجوز للبنك ان يطلب ابطال الضمان اذا وجد سبباً لا يطلاله وهذا لا ينفي استقلال الالتزام الناشئ عن خطاب الضمان (١١) .

٥ - استقلال الضمان عن عقد الأساس هو القاعدة ولكنه يخف بالنسبة للروابط القانونية الأخرى ولهذا التخفيف من الاستقلال مظاهر ثلاثية :

---

(١١) انظر ديف لانج : نتائج استقلال التزام البنك . مجلة بنك ١٩٨٧ ص ١١ . مشار اليه في د . علي جمال الدين عوف : المرجع السابق ص ١٤٧ .



فبالرغم من انه ملتزم بصفة شخصية فان على البنك ان يخطر الأمر فور طلبه وفاء الضمان . وكذلك فانه يسأل أمامه اذا اساء تنفيذ تعليماته التي تلقاها ، كما يتراجع المبدأ في حالة الغش من المستفيد ، وخلاصة ما تقدم بشأن التزامات البنك في مواجهة المستفيد ، يمكن اجمالها بأن البنك يلتزم بالوفاء بقيمة الخطاب متى تقدم المستفيد بمطالبته ، وهو ما يبرر أهمية مطالبة المستفيد لان في ذلك اجراء جوهرياً يترتب عليه مبادرة البنك الى الدفع ، ولا يستطيع البنك الدفع دون قيام هذا الاجراء وهو ان فعل فعلي مسؤوليته ولا يمكنه الرجوع بما دفع على العميل لانه يعد مخلاً بالتزاماته الناشئة عن العلاقة العقدية مع العميل في عقد اصدار خطاب الضمان .

ومن جهة ثانية يعتبر البنك مخلاً بالتزامه مع المستفيد اذا طالبه الأخير بالوفاء فتمنع أو تراخي ، حتى ولو ابطال التزام العميل قبل المستفيد بمعنى انه لو انفسخ عقد الأساس الذي كان سبباً في اصدار خطاب الضمان فلا يؤثر ذلك في التزام البنك في مواجهة المستفيد بأن يدفع قيمة الخطاب اذا طالبه الأخير ، ذلك لان البنك لا شأن له بعلاقة المستفيد بالعميل .

وأساس ذلك ان التزام البنك في مواجهة المستفيد مستقل ومنبت الصلة بالعلاقات فيما بين المستفيد والعميل أو فيما بين البنك والعميل (١٢) .

كذلك ليس للبنك ان يجادل المستفيد في استحقاقه لقيمة خطاب الضمان ولا بملى تنفيذ التزاماته في مواجهة العميل ، وأساس هذا ان البنك ليس وكيلاً عن العميل ولا كفيلاً له ، ويترتب على ذلك انه

---

(١٢) انظر د . رضا مهيد : المرجع السابق ص ٢٩٤ ويقول « والاساس في ذلك ان التزام البنك قبل المستفيد التزام مستقل ، نتيجة اختلاف مصدر الالتزام في كلا الحالتين فمصدر الالتزام بين العميل والمستفيد هو العقد الأصلي الذي يحكم علاقة الطرفين في حين مصدر التزام البنك في علاقته بالمستفيد هو خطاب الضمان ذاته فيلتزم البنك ان ينفذ التزامه بالدفع ، والعميل وشأنه بعد ذلك مع المستفيد حيث يمكنه حمل المطالبات القضائية الواجبة والتي تمكنه من الحصول على حقه » .

يتوجب على البنك الوفاء للمستفيد بقيمة الخطاب دون التفات الى أية معارضة من جانب العميل حتى ولو كانت معارضة العميل جدية وتستند الى مستندات ، لان القول بخلاف ذلك يزعزع الثقة في خطاب الضمان ويلغي الصفات التي يمتاز بها والتي هي سمات العلاقات القانونية الناشئة عنه .

واذا كان لدى العميل أسباب جدية لمنع البنك من الوفاء للمستفيد ، فانه وان كان لا يستطيع المعارضة في الوفاء كوسيلة يحمي بها حقوقه الا انه يستطيع بوسائل أخرى ايجاد وسيلة حماية مانعه تحول بينه وبين الضرر الذي يصعب تداركه ، ونرى ان القضاء هو تلك الوسيلة التي يستطيع بواسطتها العميل مخاصمة البنك لمنعه من الوفاء للمستفيد .  
والعميل اذ يفعل ذلك فانه يمارس حقه في حماية حقوقه وله مصلحة اكيدة في ذلك .

ولعل قاضي الأمور المستعجلة يملك سلطة اصدار حجز قيمة خطاب الضمان بطلب من العميل اذا اثبت الأخير تعسف المستفيد ويكون ذلك بتقديم البينة على ان المستفيد مدين للعميل بمبلغ يساوي أو يزيد عن مبلغ الضمان .

ونرى انه يتعين على قاضي الأمور المستعجلة ان لا يصدر قراراً كما اسلفنا الا بعد سماع اقوال الاطراف الأخرى ومنهم المستفيد لا ان يكتفي باصدار القرار في غرفة المذاكرة (تدقيقاً) ، ويسأل العميل اذا تبين انه غير محق في دعواه ، ولا يسأل البنك عن أية اضرار أصيب بها المستفيد خاصة ما نتج عن الحكم القضائي .

وأخير ليس للبنك تعديل الشروط الواردة في خطاب الضمان بعد وصوله الى المستفيد ، ويمتنع على طرفي الخطاب المصدر والمستفيد اجراء أي تعديل في شروط هذا الخطاب ، أما قبل وصول الخطاب الى المستفيد فللبنك اجراء ما يراه من التعديلات ضمن اتفاقه مع العميل ، وللمستفيد رفض خطاب الضمان ، وللبنك حق عدم اصدار هذا الخطاب وهذا ما نتصدى له بالحديث في المطلب الثاني والذي يمثل آثار علاقة البنك بالمستفيد لجهة المطالبة بالدفء أو تعديل تاريخ انتهاء مدته .

## المطلب الثاني

### المطالبة بالدفع أو تمديد مدة خطاب الضمان

١٢٩- يقوم خطاب الضمان على شرطين أولهما الدفع عند أول مطالبة وفانيهما عدم الالتفات إلى معارضة العميل ، وهذان الشرطان صحيحان ، ولا يتعارض وجودهما مع النظام القانوني للعلاقات التي كانت محور حديثنا بين أطراف عميله خطاب الضمان طالما انتهينا إلى خصائص الالتزام الناتج عنه بأنه مستقل عن العلاقة التي كانت سببه ، وأنه ليس تابعاً كما هو شأن الكفالة .

لذلك جرى العرف التجاري والمصرفي على أنه إذا أوشكت مدة سريان خطاب الضمان على الانتهاء دون التحقق بأن العميل نفذ التزامه في مواجهة المستفيد بادر الأخير إلى مطالبة البنك بدفع قيمة الخطاب أو مد مدته التي اشرفت على الانتهاء .

### ١٣٠- المطالبة بالدفع :

هو الاجراء الذي يقوم به المستفيد ويطلب بموجبه البنك مصدر الخطاب بالوفاء خلال المدة المحددة ، والتزام البنك بالوفاء يأتي نتيجة لهذه المطالبة ، لان مودي سريان خطاب الضمان خلال مدة معينة هو التزام البنك بوفاء قيمته خلال هذه المدة ، ولا يعتبر تاريخ تحريره بداية استحقاق الالتزام بل يلتزم البنك بالدفع طوال مدة الضمان حتى التاريخ المذكور في خطاب الضمان باعتباره حداً أقصى لنفاذه (١) .

وتأسيساً على ذلك فان ملكية مقابل وفاء خطاب الضمان تبقى للبنك ما دام ان المستفيد لم يطلب به ، أما اذا طالب بقيمة خطاب الضمان

(١) انظر د . أحمد زكي الشيعي وفاروق غلاب : المرجع السابق ص ٧٢ ابحاث وتفسير مصري . الطين رقم ٢٩٤ السنة ٣٥ ق جلسة ٢٧/٢٧/١٩٦٩ .

فإنشأ له المركز القانوني مجسداً للحق الذي يمثلته الخطاب وهو قيمته ،  
بما يعني ان ذمة البنك تصبح مشغولة لصالح المستفيد بمبلغ مستحق  
هو الثابت في خطاب الضمان .

ولا نرى كما ذهب البعض ان ملكية المبلغ المحدد في خطاب الضمان  
تنتقل الى المستفيد بمجرد مطالبته بالدفع ، لان هذا ينصرف فقط الى  
ملكية الحق في الأوراق التجارية وبعض الأوراق المالية الأخرى التي تتضمن  
أمراً من شخص آخر بان يدفع لثالث وتنتقل بالتظهير ، وهذا لا يتوافر  
في خطاب الضمان ، لان البنك يكون مديناً ويلتزم بصورة مستقلة بان  
يدفع قيمته للمستفيد بالإضافة الى ان هذا الخطاب لا يجوز التنازل عنه  
بالتظهير (٢) .

والتزام البنك بدفع قيمة خطاب الضمان هو الرئيس ، ويتعين ان  
يبادر الى تلبية الطلب المقدم من المستفيد بالدفع ، وانه اذا كان من  
التزاماته في مواجهة العميل التثبت من شرط معين ، فلا يعني ذلك ان  
التزامه تابع لالتزام العميل لان مودي تمهده ومضمونه وحدوده تقف  
عند الدفع عند أول طلب من المستفيد ، وان تراخي البنك في الدفع  
يعرضه للمساءلة عن الضرر الذي يسببه للمستفيد بتضمينه الفوائد  
القانونية (٣) .

ولان خطابات الضمان الأكثر شيوعاً هي التي تصدر غير مشروطة ،  
وعلى الرغم اننا قررنا ان الخطاب المشروط لا يعد خطاب ضمان بالخصائص

---

(٢) انظر د. رضا عبيد : المرجع السابق ص ٤٠١ ويقول « لا تنتقل ملكية المال موضوع  
خطاب الضمان الى المستفيد الا بعد المطالبة بقيمته » ويقول « يترتب على ذلك ان  
المستفيد لا يستطيع التصرف من طريق تظهيره للغير ، ذلك ان خطاب الضمان يلقي حلاً  
شخصياً للمستفيد في ذمة البنك لانه يصدر لشخصه ومن ثم فلا يكون الخطاب قابلاً  
للتداول أو التنازل عنه بأي طريق من الطرق . فلا يستطيع المستفيد ان يحول الخطاب  
أو يظهره للغير . »

(٣) انظر د. سمي الدين اسماعيل علم الدين : المرجع السابق ص ٥٧٠ .

التي يمتاز بها ومنها تمهد البنك بالدفع عند أول طلب ودون معارضة من العميل ، الا انه من الجائز ان تصدر خطابات الضمان بشروط لا تؤثر في طبيعته من حيث هو يمتاز بالخصائص التي ذكرناها ، وانه لذلك لا بد ان يستوفى المستفيد تلك الشروط قبل ان يتقدم من البنك يطالبه بالدفع .

اما مطالبة المستفيد فتكون بالمبلغ الذي تضمنه الخطاب ، وله ان يطالب بهذا المبلغ على دفعات اذا نص الخطاب على جواز ذلك ، على انه يشترط ان تتم المطالبة سواء كانت دفعة واحدة أو على دفعات ضمن المدة المحددة في الخطاب .

وهكذا فان المستفيد يبادر الى طلب خطاب الضمان الذي كان اصداؤه من البنك بناء على طلب العميل تنفيذا لالتزام على عاتقه بموجب عقد الاساس الذي أبرمه مع المستفيد . وهذا يعني ان الآخر لا يطالب البنك بالدفع الا اذا أحل العميل بالتزاماته الناشئة عن عقد الاساس ، والاخلال من جانب العميل يكون اما بالتأخير في التنفيذ ، أو بالامتناع عن التنفيذ أو عدم القدرة على ذلك ، ففي الحالتين الثانية والثالثة لا سبيل أمام المستفيد الا مطالبة البنك بالدفع لانه فقد الأمل بشأن التزامات العميل ، أما في الحالة الأولى وهي تأخر العميل في التنفيذ وما يشبه هذه الحالة كالخلاف حول نقاط معينة اثناء التنفيذ ، فان المستفيد لا يلجأ الى طلب دفع خطاب الضمان لانه يحافظ على استمرار علاقته مع العميل فترة معقولة يطالب بعد اقتضاها البنك بدفع قيمة الخطاب أو تمديد مدته ، وهذه المبادرة من جانب المستفيد تعبر عن حسن نيته في اعطاء العميل فرصة لتنفيذ التزامه أو التوصل الى حل الخلاف فيما بينهما .

لذلك فان المستفيد يلجأ الى مثل هذا الأسلوب وهو المطالبة بالدفع أو تمديد مدة الخطاب عندما تشرف المدة على الانتهاء قبل ان ينفذ العميل

التزامه<sup>(٤)</sup> أما مدى حق المستفيد في طلب تمديد فترة سريان الخطاب وحل يملك البنك ذلك فسيكون الحديث عنه في الفقرة الثانية .

#### ١٣١- تمديد مدة خطاب الضمان :

يبقى التزام البنك سارياً طيلة فترة صلاحية خطاب الضمان ، وصلاحية الخطاب تكمن في مدته وتعتبر نهاية المدة الحد الأقصى الذي يسقط بنهايتها حق المستفيد في الرجوع على البنك ، ذلك لان حق المستفيد ينشأ منذ وصول الخطاب اليه وعلمه به ويسقط ضمان البنك اذا لم تصل مطالبة المستفيد حتى التاريخ المحدد ، وكل مطالبة تصل البنك بعد هذا التاريخ غير ملزمة<sup>(٥)</sup> .

ومن جهة ثانية فان خطاب الضمان الذي لا يتضمن مدة للضمان فيعتبر أعمالا للقاعدة العامة انه غير محدد المدة ، ومثل هذا الخطاب يبقى ساري المفعول الى ان ينهي البنك ، ويشترط لانها مدة الخطاب بالارادة المفردة للبنك ان ينذر المستفيد والعميل بعزمه قبل انقائه بمدة معقولة وبوقت مناسب ، واذا كانت المدة المعقولة تقدر زمناً من قبل المحكمة المختصة ، ولها المحكمة كذلك تقدير الوقت المناسب وذلك بمناسبة كل عملية ، فان المدة المعقولة التي نراها ثلاثة ايام من تاريخ وصول الانذار ، أما الوقت المناسب فهو الذي لا يكون انهاء خطاب الضمان اثناءه سبباً في اضرار كبيرة تلحق المستفيد أو العميل .

(٤) انظر د. علي جمال الدين عوض : المرجع السابق ص ١٨٢ . د. سميرة الفليوي . المرجع السابق ص ٤٤٢ وما بعدها . د. محمود سمير الشرفاوي : المرجع السابق ص ٥٧١ . د. محي الدين اسماعيل علم الدين : المرجع السابق ص ٥٦٩ . د. رضا عبيد : المرجع السابق ص ٤٥٥ . د. حياة شحاتة : المرجع السابق ص ٣٠٧ .

(٥) د. علي جمال الدين عوض : خطابات الضمان . المرجع السابق ص ١٨٣ وانظر نص المادة ١٦ من مشروع القواعد الموحدة لخطابات الضمان الصادرة عن لجنة التجارة الدولية « يتضمن ان يكون ميماد انتهاء صلاحية خطاب الضمان بالآ ، أي يصعد بتاريخ نهائي يتسلم اليه خلال علم المدة مطالبات السداد أو عند تقديم مستند معين للبنك » وكذلك المادة ١٨ من ذات المرجع ونص « يكون الضمان ساري المفعول بدأ من تاريخ اصداره للمستفيد ما لم يتم تخمين فترة بديلة في شروطه » .

وهكذا فإن الأصل في مدة خطاب الضمان انها محددة لا يجوز تعديها بالانقاص أو الزيادة ، إلا ان العلاقات التي انتهت بإصدار خطاب الضمان بشروط معينة ، يمكن لأطراف هذه العلاقات ان يعدلوا منها ما يشاؤون ، ولأن خطاب الضمان يصدر بموجب اتفاق فيما بين البنك والعميل فانه من الجائز للعميل ان يطلب من البنك مد أجل الخطاب ويشترط في ذلك موافقة البنك ، ولأن خطاب الضمان يصدر أعمالاً للشروط الذي تضمنه عقد الأساس المبرم فيما بين العميل والمستفيد فإن اتفاق المستفيد والعميل على تمديد مدة الخطاب جائزة ، وهذا الاتفاق ينتج عنه التزام العميل بالطلب من البنك التمديد .

وعلى ذلك فإن النتيجة بشأن تمديد مدة الخطاب تلخص في ان المستفيد يمكنه ان يطلب من العميل تمديد المدة قبل انتهائها ويسمى الأخير لدى البنك الضمان ليطالب التمديد ، حتى اذا ما وافق البنك على ذلك امتدت المدة الى التاريخ الجديد الذي وافق البنك عليه .

ويجوز للمستفيد كذلك ان يوجه الى البنك طلباً لتمديد مدة خطاب الضمان ، وبمثل هذه الحالة ، اما ان يرفض البنك التمديد وهذا حق له ، واما ان يسود الى عميله ليسأل رأيه فاذا اجاز العميل التمديد يكون للبنك وفق مصلحته ان يوافق على التمديد والا من حقه ان يرفض الطلب الذي قدمه المستفيد .

وتأسيساً على ذلك ليس للبنك ان يستقل دون موافقة عميله بمد أجل خطاب الضمان من الأجل الموقوف فيه والمتفق على تحديده مقلماً<sup>(٦)</sup> ، وارسن محكمة النقض المصرية قواعد تتعلق بمد أجل خطاب الضمان وقضت بأحكام عديدة انه لا يجوز للبنك ان يستقل بمد أجل خطاب الضمان دون موافقة عميله ما دام ان للضمان أجلاً موقوتاً في الخطاب صار الاتفاق بشأنه مقلماً .

(٦) انظر نقض مصري - الطعن ٩١١ سنة ٤٧ ق جلسة ١٩٧٩/١٢/٣١ والطعن ١٥٩ سنة ٤٦ ق جلسة ١٩٨٠/٢/١١ والطعن ١٣٤٢ السنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨٠/١٢/٢٢ .  
وراجع في هذا الاحكام د - أحمد حسني : المرجع السابق ص ٢١٩ .

وانه اذا تقدم المستفيد بطلب الى البنك بمد أجل الخطاب . ولم  
يرد البنك ، أو استمرت المفاوضات بشأن التمديد الى ان انتهت مدة  
الخطاب سقط التزام البنك بالضمان ولا يجوز للمستفيد بإقتضاء المدة  
الرجوع على البنك .

اما حق المستفيد في طلب مد فترة سريان الخطاب من العميل كما  
هو الأصل ، فان ذلك ايجاباً يوجهه المستفيد الى العميل ، أو العكس  
ويحدث هذا الأمر بنتيجة مفاوضات فيما بينهما أساسها ان العميل لم  
يستطع إنجاز التزامه في الميعاد المتفق عليه في عقد الأساس الذي يربطه  
بالمستفيد ، وبهذه الحالة يتفق العميل مع المستفيد على مد فترة سريان  
الخطاب ويطلب العميل من البنك مد المدة . وعليه فان الطلب الذي  
يتقدم به المستفيد الى البنك ويتضمن تمديد مدة خطاب الضمان لا يرتب  
أثراً اذا رفضه البنك أو اذا امتنع عن الرد عليه ، واذا تأخر المستفيد  
في مطالبة البنك بدفع قيمة الضمان الى ان انقضت مدة الضمان انتظاراً  
لرد البنك يسقط حقه بالمطالبة بقيمة الخطاب اذا انتهت مدته .

وهناك حالة يوجه فيها المستفيد الى البنك طلب يخيره فيها بين دفع  
قيمة الخطاب أو مد مدته في محاولة من جانبه للإبقاء على العلامة التي  
كان مبنياً حسن النية في تعامله مع عميله ، وهو اذ يفعل ذلك تكون  
مدة الخطاب قد اشرفت على الانتهاء ، وأثار مثل هذا الطلب جدلاً بين  
البنوك والمستفيدين وفقهاء القانون ، فمنهم من ذهب الى ان للمستفيد  
حقاً في طلب الدفع أو التمديد ، وان البنك ملتزم بالدفع والا التمديد  
تأسيساً على انه لا يعتد بمعارضة العميل بالوفاء ، ولذلك ليس هناك  
حاجة لأخذ موافقة العميل على مد صلاحية الضمان ، على اعتبار ان  
التمديد أخف التزاماً من دفع القيمة (٧) .

(٧) انظر داي احادة الفتوى والتعريب المصري مشار اليه في د. رضا عبيد : المرجع  
السابق ص ٤٠٧ .



وذهب رأي آخر الى ان المستفيد لا يستطيع الطلب الى البنك الدفع أو مد مدة الخطاب لانه اذا كان يملك حق طلب الوفاء فهو لا يملك حق طلب التهديد من البنك ، ولعل وجاهة هذا الرأي تكمن في القول « ان المدة ركن من اركان عقد خطاب الضمان ، والدفع من الالتزامات المنوطة بالبنك طبقاً لخطاب الضمان ، وعدم قيام البنك بدفع قيمة الخطاب يُعدم الثقة الواجب توافرها فيه ، لانها ترتبط بهذا العقد وحده » .

وطبقاً لهذا العقد يقوم البنك باصدار خطاب الضمان بحيث يحدد فيه الشروط التي بموجبها يوفي بالتزامه للمستفيد وبموجبها ينشئ خطاب الضمان في ذمة البنك التزاماً محدداً هو الدفع . وهذا الالتزام بالدفع التزام مجرد وبات أي مستقل ولا يجوز الرجوع فيه . لذلك يلتزم المستفيد بالشروط الواردة في هذا الخطاب ، فاذا كان خطاب الضمان يعطي للمستفيد الحق في طلب المد التزم البنك بتنفيذ هذا الطلب ، أما اذا لم ينص في الخطاب على ذلك فلا يستطيع المستفيد الزام البنك به على انه اذا طالب المستفيد بقيمة الخطاب أو مد المدة فان هذا يعني عدم وجود اخلال من جانب العميل في تنفيذ التزامه بمواجهة المستفيد ، وان ما يخشاه المستفيد هو ضياع ضماناته التي يوفرها له خطاب الضمان .

ومع ان القول « بان طلب المستفيد دفع القيمة أو مد المدة يعني عدم وجود اخلال من جانب العميل في تنفيذ التزامه مع المستفيد » قول جدير بالآخذ به بعين الاعتبار ، الا ان ذلك يمكن ان يكون دفعاً يتقدم به العميل للقضاء ، ولكن لا يكون جديراً للآخذ به كسبب لاسقاط حق المستفيد . ونرى انه طالما تقرر ان المستفيد يملك حق المطالبة في دفع قيمة خطاب الضمان اثناء مدة سريانه ، فان له هذا الحق سواء طالب به بصورة مستقلة أو مقروناً بخيار البنك ان يدفع أو يمد المدة ، لان التزام البنك في الدفع يجب ان يكون ذا أثر ، وهذا الأثر هو المسؤولية عن الامتناع اذا انقضت مدة سريان الخطاب بسبب تراخي البنك في الاجابة أو بسبب الاتصالات التي اجراها مع العميل وانتهت برفض العميل ، والمستفيد

عندئذ له ان يرجع على البنك طالباً وفاء قيمة الخطاب على أساس ان مطالبته الأولى التي صدرت منه اثناء سريان مدته الالتزامية كانت بحد الضمان أساساً أو الوفاء فوراً اذا لم يمتد الضمان(٨) .

ولعل ما ذهبت اليه محكمة النقض المصرية يعتبر الأساس السليم للابقاء على خطاب الضمان قوياً يقوم بوظيفته التي وجد من أجلها ، وهذا التوجه القضائي يدعم أركان خطاب الضمان ، التي منها استمرار التعامل به على أساس من الثقة ، وقضت محكمة النقض المصرية في قرار حديث بأن :

« خطاب الضمان وإن صدر تنفيذا للعقد المبرم بين البنك والمدين المتعامل معه ، إلا ان علاقة البنك بالمستفيد الذي صدر خطاب الضمان لصالحه هي علاقة منفصلة عن علاقته بالعميل من مقتضاها ان يلتزم البنك وبمجرد اصدار خطاب الضمان ووصوله الى المستفيد باداء المبلغ الذي يطالب به هذا الأخير فور طلبه باعتباره حقاً له يحكمه خطاب الضمان ، طالما كان هذا الاداء في حدود التزام البنك المبرر به ولا يسقط هذا الالتزام اذا طالب المستفيد البنك اثناء مدة سريان الخطاب بالوفاء أو مد أجل الضمان ، اذ لا يتصور ان يضار المستفيد لمجرد انه عرض امكان انتظاره اذا امتد خطاب الضمان مدة أخرى ، والقول بغير ذلك من شأنه تهديد الطمأنينة التي يستهدفها نظام خطابات الضمان في التعامل ، وتأسيساً على ذلك يكون وفاء البنك في هذه الحالة وفاءً صحيحاً متى وصلت اليه مطالبة المستفيد خلال سريان مفعول خطاب الضمان ، ويرتب له حق الرجوع على عميله بقدر المبلغ المدفوع حتى لو كان هذا الوفاء

(٨) انظر ٥٠٥ علي جمال الدين عرض : المرجع السابق ص ١٩٦ وقرب ٥٠٥ وضاً عميد : المرجع السابق ص ٤٠٨ . وقارن د. محي الدين اسماعيل علم الدين : المرجع السابق ص ٥٩٦ ويقول « ... لذلك ليس صواباً ان يرسل المستفيد مطالبته الى البنك متضمنة التحيز بين الدفع والتعدي لان طلب الدفع يختص به البنك دون العميل وطلب التعدي يختص به العميل دون البنك ، لذلك يجب ان ينظر البنك طلب الدفع مستقلاً من حيث مدى استحقاق المستفيد له ، وله ان يبلغ طلب التعدي الى العميل مع طلب الدفع ، فان اختار العميل التعدي كان للبنك ان ينظر فيه لان التعدي لا يتم الا باجتماع ارادة البنك والعميل » .

بمعه انتهاء سريان الخطاب ، لان العبرة في ذلك بتاريخ وصول المطالبة بالوفاء بصرف النظر عن تاريخ الوفاء ذاته (٩) .

ولعل ما استقر القضاء بشأنه من ان البنك لا يملك سلطة تمديد مدة الخطاب تدفعنا للتسليم بذلك ، ونحن اذ نؤيد هذا التوجه ، نقول ان اساس موقفنا هو ان خطاب الضمان لا يصدر الا تنفيذاً للالتزام المدين في عقده الاساس ، وانه لذلك ليس للبنك ان يصدر خطاب الضمان الا بالاتفاق مع عميله ، وهذا يعني ان البنك لا يجوز ان يفرد بتمديده هذا الخطاب بدون موافقة العميل .

واول التطبيقات القضائية لهذا التوجه كان حكم محكمة النقض المصرية في الطعن رقم ١٥٩ لسنة ٤٦ ق ، وتتلخص وقائع الدعوى انه بتاريخ ٢٦/١٠/١٩٤٨ اصدر البنك خطاب ضمان لمدة سنتين بناء على طلب عميله ولصالح مصلحة الاشغال العسكرية ضماناً لتنفيذ مقابلة اسندت الى العميل ، وبتاريخ ٢٤/١٠/١٩٥٥ دفع البنك قيمة الخطاب بناء على طلب الجهة المستفيدة وبعد ذلك تقسم البنك بدعوى يطالب ورثة العميل ان يسددوا له من تركه مورثهم مبلغ الضمان ، وكان مبنى الطعن ان محكمة الاستئناف اذ قضت بالزام ورثة العميل بسداد قيمة خطاب الضمان الذي اوفاه البنك الى الجهة المستفيدة بعد انتهاء اجل الضمان تكون قد خالفت ما اتفق عليه مورثهم مع البنك في خطاب الضمان بان يسري مفعوله لومعه غايته ٢٥/٤/١٩٥٠ ، وان انتهاء هذه المدة يصبح الضمان لاغياً من تلقاء نفسه ، وورد في حكم النقض ان النعي بهذه الصورة سديد ، وقالت :

« انه لما كان البين من مدونات الحكم الابتدائي ان الطاعنين تمسكوا امام محكمة اول درجة بان خطاب الضمان لم يدفع قيمته خلال سريان اجله الذي لم يوافقوا على مدته فلا يحاجون بوفاء قيمته ، وقد اخذت محكمة اول درجة بهذا الدفء وقضت برفض دعوى البنك المطعون ضده » .

(٩) انظر نقض مصري . الطعن رقم ١١٨٩ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨٤/٢/١٣ مشار له في « علي جمال الدين عوض : المرجع السابق ص ١٩٧ » .

واضافت محكمة النقض قولها « انه لما كان البنك مصدر خطاب الضمان يلتزم بسداد قيمته الى المستفيد بمجرد مطالبته بذلك اثناء سريان أجله دون حاجة الى الحصول على موافقة العميل ، الا انه لا يسوغ للبنك مد أجل خطاب الضمان الا بموافقة العميل ، وان الحكم المطعون فيه يكون قد اخطأ في تطبيق القانون اذ اكتفى في مد أجل خطاب الضمان باتفاق كل من البنك مصدر الخطاب والجهة المستفيدة دون ان يتحقق من موافقة العميل أو ورثته على هذا المد ، وهو أمر لازم ، لكي يحتاج العميل بمد أجل الضمان ويعين لذلك نقض الحكم » .

## المبحث الرابع

### الحجز على قيمة خطاب الضمان

١٣٢- يرتب خطاب الضمان التزاماً على عاتق البنك الذي أصدره بأن يدفع للمستفيد قيمته خلال مدة معينة ، وهذا يعني ان موضوع خطاب الضمان هو حق للمستفيد يتقرر عند المطالبة به على نحو يتعذر معه الحجز على هذا الحق مطلقاً سواء ورد طلب الحجز من دائني العميل أم من دائني المستفيد .

فبالنسبة لدائني العميل فإنه ليس لهم حجز قيمة خطاب الضمان بسبب ان هذه القيمة لا تمثل حقاً للعميل ، وبالنسبة لدائني المستفيد فليس لهم حجز قيمة الخطاب قبل ان يطالب الأخير بها وتصبح حقاً له ، ومن جهة أخرى فإن مقابل خطاب الضمان الذي يضعه العميل كغطاء لقيمته لا يجوز حجزه بناء على طلب دائني المستفيد ، لان هذا الغطاء هو أثر لعلاقة العميل بالبنك على أساس ان ما يقوم العميل بدفعه لتغطية خطاب الضمان إنما هو تنفيذ وتأمين للعلاقة بين العميل والبنك ولا صلة للمستفيد بها<sup>(١)</sup> ، ومع ذلك كثر الجدل حول مدى جواز الحجز على قيمة خطاب الضمان تحت يد البنك سواء من قبل البنك ذاته أم دائني المستفيد أو من قبل العميل أو دائنيه .

وهكذا فإن قيمة الخطاب ليست من حق العميل وهي كذلك ليست حقاً للمستفيد إلا بعد المطالبة ، ويترتب على ذلك انه لا يجوز لدائني العميل توقيع الحجز على قيمة خطاب الضمان لان الخطاب لم ينشئ حقاً للعميل ، كما لا يجوز لدائني المستفيد توقيع الحجز قبل المطالبة

(١) انظر نفاذ مصري جلسة ١٩٧٢/٣/١٤ • مجلة المحاماة السنة ٥٥ ص ٨٤ وورد في حيثيات القرار ان « للبنك ان يصدر خطاب الضمان بغطاء مالي أو دون غطاء أو بضمان رهن في حدود للمعاملات القائمة بين العميل والبنك » وهو الذي يقدر وحده مصلحة في كيفية تنطية خطاب الضمان » .

الآخر تأسيساً على أن حقة يتقرر بمد هذه المطالبة وإن هذا الحق شخصي للمستفيد وله وحده حق تقرير الأداة منه .

ومناقش مدى جواز حجز قيمة خطاب الضمان بناء على طلب العميل أو دائليه أو بناء على طلب دائلي المستفيد وتصدى لامتناع البنك عن الوفاء وأيضاً لجواز الحجز على غطاء خطاب الضمان في الفقرات التالية .

### ١٣٣- الحجز على قيمة خطاب الضمان بناء على طلب العميل :

اختلفت الآراء حول جواز الحجز بناء على طلب العميل ، وذهب البعض الى عدم جواز ذلك مطلقاً لأنه تعطيل للفائدة المتوقعة من الخطاب وهي الدفع الفوري(٢) .

وذهب البعض الآخر الى جواز ذلك ، واستند القائلون بهذا الرأي الى أن منع جواز الحجز مطلقاً يلحق ضرراً بالمعالة خاصة اذا ظهرت عدم امانة المستفيد بالغش الظاهر ، وعليه يرون امكانية توقيع الحجز على قيمة خطاب الضمان بصورة استثنائية وهي ان يكون حق العميل في مواجهة المستفيد مؤكداً(٣) .

(٢) ذهب مع هذا الرأي د. محسن شليق : الوسيط في القانون التجاري . الجزء ١ ص ١٩٥٥ بند ١٣٣ . د. سميرة القليوبي : الأسس القانونية لعمليات البنوك ط ١٩٨٨ ص ٤٦٢ . د. رضا عبيد : المرجع السابق ص ٦٤٦ .

(٣) ذهب في هذا الاتجاه د. علي جمال الدين عوض : عمليات البنوك . المرجع السابق ص ٥١٦ . د. محمود مسيح الشرقاوي : المرجع السابق ص ٥٧٢ . ويبرر أيضاً هذا الرأي موقفهم بجواز الحجز بالقول « ان أثر الحجز ليس مصادرة الضمان نهائياً وإنما مجرد تجميد قيمته حتى يحصل القضاء في النزاع الدائر بين العميل والمستفيد » . وذهب القضاء الفرنسي هذا الاتجاه بعد ان قررت محكمة استئناف باريس جواز الحجز بشروط وحالات معينة ، ومن هذه الشروط قولها بجواز الحجز تمت يد البنك على حق المستفيد النهائي له من خطاب الضمان في الحالة التي يكون فيها للعميل الأمر في ذمة هذا المستفيد سناً مؤكداً ومعين المقدر ومسحق الإداء ، وتردد القضاء الفرنسي بعد ذلك في تقرير حجز قيمة الخطاب حيث رفضت محكمة استئناف باريس الحجز على قيمة خطاب الضمان تمت يد البنك بناء على طلب العميل مستندة الى ان الحجز يطل حكمة اصدار خطاب الضمان ، انظر في ذلك د. سميرة القليوبي : المرجع السابق ص ٤٦٤ .

ونرى ان خصوصية خطاب الضمان وخصائصه التي يمتاز بها ومنها استقلاله عن العلاقة التي كانت سبب انشاؤه تبرر القول بعدم جواز الحجز على قيمته بناء على طلب العميل حتى ولو كان دائناً بدين مؤكد ومستحق الاداء ، واساسي رأينا ان المستفيد لا يتقرر حقه في خطاب الضمان قبل المطالبة به ، هذا من جهة ، ومن جهة ثانية فانه اذا طالب المستفيد البنك ان يدفع له قيمة الخطاب واجيز حجز قيمته بناء على طلب العميل فقد الخطاب ميزته الاساسية وهي استقلاله عن التزام العميل وانه واجب الدفع عند اول طلب ودون معارضة (٤) .

#### ١٣٤- الحجز على قيمة خطاب الضمان بناء على طلب دائني العميل :

قررنا فيما سبق ان العميل ليس طرفاً في العلاقة التي يرتبط بها البنك بالمستفيد ، وقلنا ان قيمة خطاب الضمان خلال فترة سريانه الى ما قبل ادائها للمستفيد ملك للبنك وليس للعميل رغم وضع العميل غطاء لقيمة الخطاب .

وتأسيسا على ذلك فانه لا يجوز لدائني العميل توقيع الحجز على قيمة خطاب الضمان تحت يد البنك لان هذه القيمة تمثل ضمان البنك للعميل في مواجهة المستفيد ولا تمثل حقا للعميل ، ولا أدل على ذلك من القول انه اذا لم يطالب المستفيد بقيمة خطاب الضمان او اذا انقضت المدة فان هذه القيمة تبقى ملكا للبنك لا للعميل .

#### ١٣٥- الحجز على قيمة خطاب الضمان بناء على طلب دائني المستفيد :

اذا طالب دائنو المستفيد بالحجز على قيمة خطاب الضمان قبل الوفاء به من قبل البنك فلا شك ان ذلك غير جائز على اساس ان ملكية قيمة خطاب الضمان حتى تلك اللحظة هي للبنك وليست للمستفيد ، لان وضع البنك قبل وفاء ما تعهد به يبقى مالكا لمحل تعهده وهو قيمة الخطاب . اما اذا دفع قيمة الخطاب خرجت ملكية ذلك من ذمته لتستقر في ذمة المستفيد عندهما يصبح لدائنه الحجز عليها .

(٤) ادره \* سبيحة القليوبي : المرجع السابق ص ٤٦٣ وتقول « انه اذا ما وقع حجز ما للمدين لدى الغير تحت يد البنك فان هذا الأخير لا يدخل المبالغ التي تعهد بها للمستفيد بمناسبة خطابات الضمان في الاقرار بما في الذمة » .

ولا نرى كما ذهب البعض ان المبالغ التي يتلقاها المستفيد من البنك باعتبارها قيمة خطاب الضمان تعود لها طبيعتها الأصلية وصفتها كضامن تقدي مقدم له كضمان لحسن تنفيذ العميل لالتزاماته<sup>(٥)</sup> لان ذلك بالقول يجعل البنك أمينة على أموال مودعه لديه من قبل عميله ، وانه ينقلها الى المستفيد بذات الصفة ، وهو ما يناهض خطاب الضمان عن مدلوله وطبيعته التي اظهرناها في استقلاله ، بمعنى ان تعهد البنك باللمح الزام له بنفع حق للمستفيد ، واذا تبين ان الأخير قبض غير ما يستحق له فللعميل مصلحة حينذاك في الرجوع عليه بدعوى الاسترداد<sup>(٦)</sup> .

وكذلك فانه وكما اسلفنا ان الضمان مستقل عن عقد الاساس ، وان الخطاب بالرغم انه صدر بناء على طلب العميل الا ان هذا العميل لا يمكنه تعطيل تعهد البنك للمستفيد .

#### ١٣٦- علم جوائز الحجز على قيمة خطاب الضمان :

ذهب الفقه الحديث والقضاء الى القول ان خطاب الضمان بخصائصه المستقرة في الاعراف المصرفية من حيث كونه مستقلا ومنفصلا عن عقد الاساس لا يجوز النظر في هذا المقعد للمعثور على حجة لوقفة ، وانه بالنتيجة لا يجوز وقفه الا لسبب وارد فيه بالذات لا في غيره ، وان القانون لم يرد فيه خلاف ذلك<sup>(٧)</sup> .

(٥) انظر د. سميحة القليوبي : المرجع السابق ص ٤٧٠ .

(٦) يمكن القول ان الدكتور علي جمال الدين عوض رجح من رايه في مؤلفه عمليات البنوك ط ١٩٨٩ وقرر انه لا يمكن للقاضي ان يمنع البنك من الوفاء بتمهده للمستفيد حتى ولو ثبت غش الأخير ، وان كل ما يستطيع القاضي عمله اذا خاسم العميل البنك ان يقرر منع البنك من قيده المبلغ في حساب هذا العميل حتى يفضل في النزاع انظر مؤلفه .  
خطابات الضمان . المرجع السابق ص ٢٥٣ و ٢٥٩ .

(٧) انظر مشروع غرفة التجارة الدولية ( القواعد الموحدة لخطابات الضمان ١٩٨٦ ) والواد ٢٨٧ - ٢٩٣ من قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ والواد ٢٨٢ - ٢٨٧ من قانون التجارة الكويتي رقم ٦٨ لسنة ١٩٨٠ .



## ١٣٧- تطبيقات قضائية لمبدأ عدم جواز الحجز على قيمة خطاب الضمان :

### القضاء الفرنسي :

قضت محكمة النقض الفرنسية ان استقلال خطاب الضمان وقوته الملزمة القطعية التي لا رجعة فيها تمنع الأمر من التمسك بعدم تنفيذ عقد الأساس اطلاقاً للقول بان طلب الخطاب يقوم على اساءة وتعسف ظاهرين ويعوق بذلك تنفيذ الخطاب ، وهذا الادعاء لا يعفي البنك من تنفيذ التزامه (٨) .

وهكذا نجد ان القضاء الفرنسي تردد حول جواز الحجز على قيمة خطابات الضمان بين ان يسمح بالحجز وبين ان يرفضه ، وهناك قرار انهى الحديث حول ذلك عندما قررت محكمة النقض الفرنسية بتاريخ ١٩٨٦/٣/٢٦ ان تحسم الخلاف على نحو لم يعد أي مجال للاجتهاد ، حيث قضت بان التزام البنك نهائي بمقتضى القواعد والاعراف السولية وانه ليس من المقبول ان يتمسك البنك بعدم مطابقة البضاعة ليرفض احترام تعهده ، وعلى أساس ذلك يتمتع الحجز من جانب المشتري الأمر سواء كان حق المشتري مستمداً قائماً على عقد الأساس أو غريباً عنه .

وأُسست محكمة النقض الفرنسية منع المشتري الأمر من توقيع الحجز على عدم قابلية التصرف في حق المستفيد الناشئ من اتفاق الطرفين أي من الاتفاق بين الأمر والمستفيد على قطعية الاعتماد المستندي (٩) .

وذهب القضاء الفرنسي أيضاً الى جواز وقف صرف خطاب الضمان بناء على طلب العميل استناداً الى فكره التعسف الظاهر ، ومحكمة النقض

(٨) نقض فرنسي الدائرة التجارية ١٩٨٥/٧/٢٦ مشار اليه في د ، علي جمال الدين عوض :

خطابات الضمان ، المراجع السابق ص ٢٦٢ .

(٩) المراجع السابق ص ٢٦٥ أوردنا حكم النقض المشار اليه أعلاه وهو يتعلق بالاعتمادات

المستندية ، ولتشابه العلة فيما بين خطابات الضمان والاعتمادات المستندية ولجواز

القباس في هذا الخصوص استشهدنا به .

الفرنسية بقرارها الذي اعتمدت فيه فكرة الغش تكون قد استبدلتها بفكرة التعسف الظاهر التي هجرتها في وقت سابق وفي هذا الحكم ذهبت محكمة النقض الفرنسية في تكييف الغش بأنه الغياب الظاهر لأي حق للمستفيد (L'absence Manifestede droit du bénéficiaire) بمعنى ان المطالبة بصرف قيمة خطاب الضمان طبقاً لذلك التكييف تعتبر مبنية على غش كلما كان ظاهراً وغير منازع فيه ان المستفيد لا يملك أي حق في مواجهة الأمر . كأن يثبت في ضمان حسن النهاية ان الأمر نفذ بالكامل وطبقاً للمواصفات المطلوبة في العقد الأصلي ، أو يثبت في خطاب الضمان ان ما نفذ من العقد الأصلي يتجاوز في قيمته قيمة الدفعة المقدمة .

واعتبرت المحكمة موقف المستفيد يمثل غشاً ظاهراً يبرر وقف مصادرة مبلغ الضمان في هذه الحالة فقط (١٠) .

#### القضاء المصري :

أقرت محكمة النقض المصرية ان البنك يجب عليه ان يدفع ، وللمعميل ان يشكو الى القضاء فيما يمد ، أي ان الدفع أولاً حتمي وتأتي الشكوى بعد ذلك ، وقالت « ان البنك يلتزم بوفاء المبلغ الى المستفيد باعتباره سقاً له يحكمه خطاب الضمان ويكون على عميل البنك ان يبدأ هو بالشكوى الى القضاء اذا قدر انه غير مدين للمستفيد أو ان مديونيته لا تبرر ما حصل عليه المستفيد من البنك » (١١) .

وقضت محكمة استئناف القاهرة بأنه لا يجوز المنازعة في صرف قيمة خطاب الضمان حتى لا يفقد أهميته العملية وقالت في ذلك « ومن حيث ان

(١٠) انظر .

Cass. Com. 10 juin 1986 : Rev Banque 1986 No. 463 Chron, de jurispr. bancaire par. J. L. Riveslange P. 711.

مشار اليه في د° بطراني نجات : المرجع السابق ص ٦٠١ من ٦٠١ هامش ١ .

(١١) انظر لقض مصري جلسة ١٩٦٩/٧/٢٧ مجموعة أحكام النقض السنة ٣٠ ص ٨١١ .

خطابات الضمان هي في حقيقتها وكما جرى عليه العرف التجاري ، أوراق مصرفية لها طابعها الخاص ، تصرف قيمتها لمن حررت لمصلحته عند أول طلب دون منازعة من مخزبها أو من المضمون ، وهي بمثابة نقود تحت يد المستفيد ليحصل منها على ما قد يستحق له قبل المضمون في العقد الممنوح عنه الضمان ، وهي بهذه الصفة تسهل التعاقد مع الأشخاص غير الملتزمين الذين يخشون الاخلال بالتزاماتهم وعدم وجود مال لديهم للرجوع عليهم بما يستحق في ذمتهم ، فتكون قيمة خطاب الضمان هي المشجع على التعاقد حتى يجد المستفيد مالا محققاً خالياً من النزاع يحصل عليه بمجرد الطلب للوفاء بمطلوبه قبل المضمون ولا شك انه اذا ابيحت المنازعة في صرف قيمة خطاب الضمان عند الطلب لفقدت هذه الخطابات أهميتها العملية وشملت حركة المعاملات التجارية (١٢) .

#### ١٣٨- مدى جواز الحجز على غطاء خطاب الضمان :

ذكرنا ان الغطاء من الضمانات التي يقدمها العميل لتغطية تعهداته في مواجهة البنك ويكون نقدياً أو عينياً (١٣) أو مملوياً ، وانه مهما كان نوع الغطاء وصفته فانه يبقى مملوكاً للعميل الذي قدمه لانه لا ينقل ملكيته الى البنك ، ويبقى الأخير مرتباً لهذا الغطاء تأميناً لديه ويميد البنك هذا الغطاء الى العميل اذا لم يتم بالوفاء للمستفيد ، وعلى ذلك يحق للدائن العميل حجز ما للمدين لدى الغير تحت يد البنك ، وعلى الأخير ان يقر بما في ذمته للعميل ، ومن ذلك الغطاء الذي قدمه العميل ضماناً للبنك لاصدار خطاب الضمان ، على ان للبنك ان يشير الى صفته كدائن مرتباً يمتاز على بقية الدائنين بحقه في التقدم والأولوية .

(١٢) انظر استفتاء القامرة ١٩٦١/٣/٤١ مجلة المحاماة السبة ٤١ ص ٧١٣ .

(١٣) مثل الاوراق المالية والاوراق التجارية ، والبضائع ووثائق التأمين وبوالص الشحن والمقرارات .

## الفصل الرابع

### انقضاء الالتزام في خطابات الضمان

١٣٩- الالتزام عموماً مؤقت ، ويزول بأسباب متعددة منها الوفاء . وهذا يعني ان الالتزام طارئ على الحالة الطبيعية في حياة البشر التي يفترض فيها براءة الذمة كما هو الأصل ، ولان الالتزام طارئ فلا بد من سبب ينقضي على أساسه (١) .

وتناول القانون المدني الأردني أسباب انقضاء الالتزام في باب آثار الحق في الفصل السادس وبعد ان نظم المشرع التنفيذ بنوعية العيني وما يعادله الوفاء الاعتياضي والمقاصة واتحاد الذمتين ، نظم انقضاء الحق بالإبراء واستحالة التنفيذ ومرور الزمان المسقط للدعوى فسي المواد ٤٤٤ - ٤٦٤ .

والتزام البنك الضامن في خطاب الضمان ينقضي بذات الأسباب التي نص عليها القانون المدني وهذه الأسباب يمكن ادراجها في ثلاث طوائف .

**الأولى - انقضاء الالتزام بالوفاء :** وهو الطريق الطبيعي الذي ينقضي به الالتزام بشقيه السلبي في ذمة المدين والايجابي في ذمة الدائن .

**الثانية - انقضاء الالتزام بما يقوم مقام الوفاء :** بمعنى ان المدين يفي الدين بدين آخر كاستبداله أو تجديده ، وبالمقاصة واتحاد الذمتين .

**الثالثة - انقضاء الالتزام بدون وفاء :** مثل استحالة التنفيذ ، والإبراء ومرور الزمن المسقط .

---

(١) انظر د. سليمان مرقس : الوافي في شرح القانون المدني ، المجلد الرابع . أحكام الالتزام ط ١٩٩٢ ص ٦٧٧ . وراجع د. عبدالمعطي البدراني : النظرية العامة للالتزامات الجزء الثاني أحكام الالتزام . دار النهضة العربية ص ٣٤٧ .

#### ١٤٠- انقضاء التزام البنك بالوفاء :

ينقضي التزام البنك بدفع قيمة خطاب الضمان للمستفيد ، وعليه اذا تم الوفاء بموجب شيك أو حواله الى حساب المستفيد فلا ينقضي الالتزام ولا تبرأ ذمة البنك الا اذا قبض المستفيد القيمة نقداً أو ان القيمة قيدت في حسابه ، وينقضي الالتزام بالوفاء الجزئي اذا طالب المستفيد بهذا الوفاء ، لانه يكون قد طالب بما يستحق فعلاً .

على ان الجزء المتبقي من قيمة خطاب الضمان تبقى في ذمة البنك كالالتزام في مواجهة المستفيد الى نهاية مدة خطاب الضمان<sup>(٢)</sup> ما لم يكن الأخير قد طلب الغاء الخطاب في الوقت الذي طلب فيه الوفاء الجزئي<sup>(٣)</sup> .

ويقوم مقام الوفاء اجراء المقاصة القانونية فيما بين دين البنك في ذمة المستفيد وقيمة الخطاب اذا طالب الأخير به ، كما يقوم مقام الوفاء اتحاد الذمتين فيما بين البنك والمستفيد ، على أساس يصبح العميل مدينًا للكيان الجديد بأصل الالتزام الذي أنشأه خطاب الضمان ، وفي الوقت ذاته يقوم مقام الوفاء اتحاد ذمتي المستفيد والعميل في شخص أي منهما بحيث يصبح من حصل اتحاد الذمة في شخصه دائناً ومدينًا بما يترتب عليه انقضاء الحق والدين فيما بينهما .

#### ١٤١- انقضاء التزام البنك بغير الوفاء :

ينقضي الالتزام بانتهاء مدة صلاحية خطاب الضمان الذي يصدر في معظم الأحيان محددًا بـمدة معينة ، ويبقى للمستفيد من الخطاب حق

---

(٢) انظر د. محي الدين اسماعيل علم الدين : المرجع السابق ص ٦٠٠ ويقول د. اذا طلب المستفيد دفع جزء من قيمة خطاب الضمان جائز له ذلك مع بقاء حقه في الباقي ، وله الحق ان يطلبه الى نهاية مدة الخطاب ، لان النزول عن الحق لا يفترض » .

(٣) انظر د. علي جمال الدين عوف : المرجع السابق ص ٢٨١ ويقول « وينقضي أيضاً اذا اقتصر المستفيد على طلب دفع جزء من قيمته ، وطلب في الوقت نفسه إلغاء خطاب الضمان لانتهاؤه . يجب ان الجزء الذي طلب سداده من قيمته كافياً لتصريفه حسبما يراد في علاقه بالعميل » .

المطالبة بقيمته الى آخر يوم من المدة المعينة ، اما اذا انقضت هذه المدة فلا يبقى للمستفيد حق في قيمة خطاب الضمان ويمتنع عليه المطالبة بها ولا عبء لعقد الأساس الذي كان سبباً في اصدار الخطاب لان استقلال المقدين يجعل الالتزام في كل منهما مستقلاً عن غيره ، وهكذا فان التزام البنك ينقضي اذا انقضت مدة الخطاب دون ان يطالب المستفيد بقيمته ويرى البنك نهائياً بحلول الأجل (٤) .

اما اذا صدر خطاب الضمان ولم تحدد مدة صلاحيته فيكون للبنك حق انتهائه في أي وقت (٥) وبشأن صك خطاب الضمان الذي ارسله البنك للمستفيد ، فهو وسيلة الاثبات المخصصة لمصلحة هذا المستفيد في مواجهة البنك ، وهذا الصك ليس ورقة تجارية ولا يتمتع بأية قيمة ذاتية ، بمعنى انه اذا تم الوفاء أو ما يعادل الوفاء أو انقضت مدة الخطاب ، وبقي للمستفيد محتفظاً بالصك فلا يؤثر ذلك على مركز البنك الذي أصبح بربى الدفعة من قيمة الخطاب .

واذا كانت البنوك تلجأ عادة الى طلب رد الصك ، فمرد ذلك العرص الزائد من قبلها ، أو لاستكمال المعاملة المتعلقة بهذا الموضوع (٦) .

(٤) لا يبرأ البنك من التزامه في الكفالة بحلول أجلها ، ويبقى ملتزماً بالدين الذي نشأ قبل حلوله .

(٥) من هذا الرأي د. علي جمال الدين عوش : المرجع السابق ص ٢٨٢ وعكس هذا الرأي د. محي الدين لمصايل علم الدين : المرجع السابق ص ٦٠٤ حيث يقول « ويلاحظ ان خطاب الضمان غير المحدد المدة لا يمكن للبنك الغاءه الا بعد ان يسقط حق المستفيد فيه بالتكادم طبقاً لما اوضحناه في الكلام على التزامات البنك التصاقية » .

(٦) انظر د. علي جمال الدين عوش : المرجع السابق ص ٢٨٤ ويقول « وغني عن البيان ان الغاء خطاب الضمان من سجلات البنك لا يتوقف بأي حال على رد اصل خطاب الضمان » .

اذ ان صك هذا الضمان أصبح مملوفاً القبية في يد المستفيد « ويشير في حديثه الى قول القليه فاسير كما ورد « أحياناً ينص في الضمان على انه ينتهي برد خطاب الضمان ، هنا قد ينتهي تنفيذ عقد الأساس ، ويظل الضمان قائماً ما دام الخطاب لم يرد وهذه نتيجة لاستقلال المقدين ، وهذا الشرط الوارد في الخطاب غريب يجعل منه صكاً كالورقة التجارية منتزعة الحق القابض به ويجعله متبهماً فيه وهذا غير صحيح في القانون لان الخطاب اداة اثبات » .

ويجدر بالذكر ان اتحاد البنوك في مصر اتخذ بتاريخ ١٨/١١/١٩٥٨ قرارات تضمنت ان مقبول خطاب الضمان ينتهي تلقائياً بانتهاء الأجل المنصوص عليه فيه ، وانه عند انتهاء الأجل يخلو طرف البنك الذي أصدر خطاب الضمان نهائياً من التعهد كالتزام في ذمته ، وانه لا داعي مطلقاً لانتظار عودة خطاب الضمان حتى يخلو طرف العملاء أو المراسلين الذين صدر لحسابهم هذا الخطاب (٧) .

#### ١٤٢- انقضاء التزام البنك بإعادة خطاب الضمان :

خطاب الضمان يصدر لغرض معين ، فاذا انتهى هذا الغرض كما لو أوفى العميل بالتزامه في علاقته بالمستفيد أو انقضت التزاماته في مواجهة المستفيد بوسائل الانقضاء الأخرى ، فإن التزام البنك الناشئ عن خطاب الضمان ينقضي ، وعلى هذا الأساس لا يبقى للمستفيد حق في قيمة الخطاب ويجب ان يعيده الى البنك ، وقد يقوم بإعادته الى العميل ويقوم الأخير بإعادته الى البنك ، وفي كل الأحوال فإن إعادة الخطاب الى البنك يؤدي الى انقضاء التزام البنك في مواجهة المستفيد ، وإعادة الخطاب تتم عادة قبل انقضاء أجله ، ويحدث ذلك اذا نفذ العميل التزامه في مواجهة المستفيد وفق الشروط المحددة بالعقد المبرم فيما بينهما ، كما قد يتفق العميل والمستفيد على إنهاء العلاقة فيما بين المستفيد والبنك والتي أنشأت خطاب الضمان وذلك عندما يقدم العميل للمستفيد ضماناً آخر غير الخطاب ، فيعيد المستفيد الخطاب للبنك ويترتب عليه براءة ذمة الأخير (٨) .

#### ١٤٣- انقضاء التزام البنك باستحالة التنفيذ :

المقصود باستحالة التنفيذ لانقضاء التزام البنك هو استحالة تنفيذ التزام العميل في علاقته بالمستفيد والتي كانت مسبباً لاصدار خطاب

(٧) انظر د. محي الدين اسماعيل علم الدين : المرجع السابق ص ٦٠٥ .

(٨) انظر د. سميرة القليوبي : المرجع السابق ص ٤٧٦ .

الضمان ، واستحالة تنفيذ التزام العميل في علاقته بالمستفيد لا تؤثر بحال على التزام البنك في خطاب الضمان غير المشروط الصادر عن البنك .

أما خطاب الضمان الذي شرط فيه البنك انقضاء التزامه في مواجهة المستفيد إذا استحال تنفيذ الالتزام الأصلي الملقى على عاتق العميل في علاقته بالمستفيد ، فإنه ينقضي باستحالة التنفيذ ، لأن الشرط الموقف المعلق عليه الخطاب يصبح غير ممكن تحقيقه ، ولأن مثل هذا الشرط لا يؤثر في طبيعة خطاب الضمان من حيث استقلاله ، ونرى أن مثل هذا الشرط على الرغم أنه سبب لانقضاء التزام البنك في مواجهة المستفيد ، إلا أنه لا يخرج صك الضمان من طائفة خطابات الضمان ذات الخصائص السالف ذكرها<sup>(٩)</sup> .

#### ١٤٤- انقضاء التزام البنك بمرور الزمان المسقط :

لا يرد مرور الزمان المسقط في خطابات الضمان المحددة المدة ، لأن صلاحية هذه الخطابات تنتهي بانتهاء مدتها وفق اتفاق أطرافها ، أما خطابات الضمان غير المحددة فذكرنا أن البنك يستطيع إنهاءها من طرفه بإرادته المفردة .

ويتربط على ذلك انقضاء التزامه في مواجهة المستفيد<sup>(١٠)</sup> غير أنه إذا لم ينه البنك التزامه بموجب خطاب الضمان فإن مرور الزمان المسقط للدعاء والذي تضمنه القانون المدني هو الذي ينقضي بموجبه التزام

---

(٩) انظر ما تقدم . خطابات الضمان المشروطة بنده ١١٩ ص ٢١٢ وذكرنا أن الشروط التي ترد في صكوك الضمان تخرجها من طائفة خطابات الضمان إذا كانت تلك الشروط تؤثر في الطبيعة القانونية للخطاب باعتبار أن الالتزام فيه بات ومبني ومستقل عن غيره حتى لو كان سبب المسألة .

(١٠) يسأل البنك إذا بقي التزامه في خطاب الضمان غير المحدد المدة بوقت غير ملائم إذا رتب ضرراً للمستفيد .



البنك ، ذلك ان التزام البنك اذا كان غير محددة المدة ينقضي بمرور خمسة عشر عام من تاريخ اصدار الخطاب اذا كان منجزاً ومن تاريخ تحقق الشرط اذا كان معلقاً على شرط تضمنه الخطاب مع مراعاة المدة التي يسقط بها حق الادعاء في المواد التجارية .

اذ ان التزام البنك يسقط حق الادعاء به بخمس عشرة سنة اذا كان ناتجاً عن عمل مدني ويسقط بعشر سنوات اذا كان ناتجاً عن عمل تجاري (١١) .

#### ١٤٥- نتائج انقضاء الالتزام في خطاب الضمان :

لا بد للالتزام ان ينقضي ، وتظهر آثار هذا الانقضاء بحسب طبيعة الالتزام والعقد الذي نشأ عنه ، والالتزام البنك في خطاب الضمان ينقضي بالاسباب التي ذكرناها على نحو يترتب بذمة البنك التزامات في مواجهة العميل هي الافراج عن غطاء خطاب الضمان وتقديم كشف حساب يتضمن مقدار ما دفعه للمستفيد وما يستحق من فوائد وعمولات ، ويلتزم ايضا بالفاء أي قيد على حسابات هذا العميل مثل تلك التي تدل على ان العميل مدين للبنك بقيمة خطاب الضمان ، وكذلك الفاء أي رهن على الأوراق التجارية ، والافراج عن الأوراق التجارية ، والأوراق المالية التي كان يحتفظ عليها على أساس انها غطاء لخطاب الضمان .

---

(١١) انظر المادة ٤٤٩ من القانون المدني الأردني وتضمن على انه « لا ينقضي الحق بمرور الزمان ولكن لا تسمح الدعوى به على المذكر بانقضاء خمس عشرة سنة بدون طرد شرعي مع مراعاة ما روجت فيه أحكام خاصة » وانظر المادة ٥٧ من قانون التجارة الأردني وتضمن على انه « في المواد التجارية يسقط بالتقادم حق الادعاء بمرور عشر سنوات ان لم يمتد أجل أقصر » وانظر ما يقابل المادة ٤٤٩ مدني أردني نص المادة ٣٧٤ مدني مصري « يتقادم الالتزام بانقضاء خمس عشرة سنة فيما عدا الحالات التي ورد نص خاص في القانون وفيما عدا الاستثناءات التالية » .

ومن نتائج انقضاء التزام البنك في خطاب الضمان ، الرجوع على العميل بقيمة المبلغ الذي دفعه ، وهو اذ يرجع على العميل انما يستند الى خطاب الضمان ذاته الذي صدر بناء على طلب العميل بمعنى ان رجوع البنك على العميل يعتبر تطبيقاً للنقد الذي ابرم فيما بينهما وكان من آثاره اصدار خطاب الضمان (١٢) .

---

(١٢) لا يستند رجوع البنك على عميله على حلوله محل المستفيد في مراجعة العميل ، لان البنك كان مديناً للمستفيد وما دفعه للآخر كان التزاماً مستقلاً منبت الصلة عن الالتزام الأصلي الذي نشأ من علاقة العميل بالمستفيد ، او علاقة العميل بالبنك . لذا فان البنك وهو يفي للمستفيد قيمة خطاب الضمان فانما يفي ديناً بذمته لا ديناً على العميل .

**الباب الثالث**  
**الاوراق التجارية**  
**في نطاق عمليات البنوك**



## تمهيد :

تعني الأوراق التجارية مفهوماً محدداً تحل بموجبه محل النقود في الوفاء بالتزامات النقدية ، ويطلق على الورقة بأنها تجارية عندما تستجمع خصائص تعتبر السمة البارزة لها ، وتقوم على أساسها بالوظيفة الأساسية من حيث أنها تحل محل النقود ، وخصائص هذه الأوراق أنها قابلة للتداول بالطرق التجارية ، وتمثل حقاً يكون موضوعه مبلغاً من النقود وهذا المبلغ معين المقدار واجب الدفع في موعد واحد .

وتأسيساً على ذلك فإن الورقة التجارية سند قابل للتداول بالطرق التجارية تمثل حقاً نقدياً واجب الوفاء بموعده معين أو قابل للتعيين<sup>(١)</sup> .

ونظراً لأهمية الأوراق التجارية وما تقوم به من وظائف اقتصادية فإن أوسع نطاق يمكن أن تمر فيه يتمثل في نطاق عمليات البنوك .

وبالنسبة للدور المتعاظم للبنوك في الائتمان التجاري بشكل عام ولما تؤديه الأوراق التجارية من وظيفة هامة في هذا الائتمان فإنها قد دخلت نطاق العمليات المصرفية لتشغل فيه حيزاً هاماً زاد به حجم عمليات البنوك وما تقدمه من خدمات زيادة افاد منها البنوك والملاء والتجار وقطاع كبير من المتعاملين بالأوراق التجارية .

ولعل أهم العمليات المصرفية التي ترد على الأوراق هي الخصم والتحصيل والرهن لذلك سنناقش هذه الموضوعات في الفصول الثلاث التالية :

**الفصل الأول : خصم الأوراق التجارية .**

**الفصل الثاني : تحصيل الأوراق التجارية .**

**الفصل الثالث : رهن الأوراق التجارية .**

---

(١) انظر للمؤلف : الأوراق التجارية . المربع السابق ص ١٥ وما بعدها .

## الفصل الأول

### خصم الأوراق التجارية

يعني خصم الأوراق التجارية تلك العملية التي يجعل بمقتضاها البنك إلى المستفيد من ورقة تجارية لم يحل أجلها بعد قيمة هذه الورقة مقابل تنازل صاحب الحق فيها للبنك عن ملكيته لهذا الحق ، ويتقاضى البنك مقابل ما يقوم به مبلغاً من النقود يخصمه من قيمة الورقة ويسمى سعر الخصم (Agió) وذلك مقابل فائدة المبلغ المدفوع عن المدة من تاريخ تعجيل دفع المبلغ إلى تاريخ استحقاق الورقة (١) .

ولهذه العملية مزايا عديدة ، فهي تمكن المستفيد من الورقة التجارية من قبض قيمتها دون انتظار موعد الاستحقاق واستغلال هذه القيمة في تسوية معاملاته التجارية ، ويستفيد البنك بالإضافة إلى ما يتقاضاه من سعر الخصم كاجر لما قام به وفوائد المبلغ عن مدة التعجيل ، فرصة اجتذاب العملاء وفتح حسابات لهم (٢) ، ويعتبر تعجيل دفع قيمة الورقة التجارية لحاملها أو قبضها في حسابه بمثابة اعتماد بالضمان يساعد البنك بموجبه عميله على مجابهة ظروف تجارية سيئة .

ويشمل الحديث في موضوع خصم الأوراق التجارية التعريف به وبيان أطرافه والطبيعة القانونية لعملية الخصم بالإضافة إلى آثار الخصم من حيث التزامات أطرافه وانقضاؤه كعقد يتم إبرامه وفق القواعد العامة للنقود بالإضافة إلى شروط شكلية يتوجب توافرها في الورقة التجارية كمحل له وذلك في بحثين على النحو التالي :

**المبحث الأول : ماهية خصم الأوراق التجارية .**

**المبحث الثاني : آثار عقد خصم الأوراق التجارية .**

(١) انظر د. علي جمال الدين عرض : المرجع السابق ص ٧٢٩ .

(٢) انظر د. افوار عيه : المقود التجارية وعمليات المصارف ط ١٩٦٨ ص ٥٥٤ .

## المبحث الأول

### ماهية خصم الأوراق التجارية

١٤٥- الخصم عملية من عمليات البنوك تمثل صورة من صور الائتمان المصرفي وإذا كانت صورتا الائتمان المصرفي بالضمان والائتمان المصرفي بالقبول لا يتسع فيهما المجال لاستيعاب عملية خصم الأوراق التجارية ، فإن هذه العملية تمثل صورة جديدة للائتمان المصرفي تسهلها البنوك في نطاق الاعتماد المصرفي بشكل تكاد تكون مستقلة عن صورتي الائتمان سالفتي الذكر ، لأن البنك وهو يخصص الورقة التجارية لأحد عملائه ويسجل له دفع قيمتها قبل موعد استحقاقها ، إنما ينسب ثقله على عميله والموقنين على الورقة التجارية اعتماداً على قيمة السند من جهة وعلى شخص الخاص من جهة أخرى .

ولعل هذه الثقة تقوم على امكانية استرجاع ما عجله البنك لعميله ، على اساس ان ذلك هو النتيجة المباشرة لوجود هذه الثقة ، بمعنى ان البنك اذا لم يتمكن من تحصيل قيمة الورقة التجارية من المسحوب عليه فإنه لن يرتأب في استرجاع ما عجله لعميله بسهولة .

والخصم (escompte) كعملية من عمليات الائتمان تفترض وجود ورقة تجارية في يد عميل أحد البنوك تستحق الدفع بعد أجل معين ، فيقوم هذا العميل بتظهيرها تظهيراً ناقلاً للملكية مقابل ان يدفع له البنك قيمتها مخصوماً منها اجرة<sup>(١)</sup> .

(١) انظر د . محي الدين اسماعيل علم الدين : المرجع السابق . الجزء الثاني ص ١٠٤٩ .

## ١٤٦- مدلول خصم الأوراق التجارية :

ان عملية الخصم التي يجريها البنك على الأوراق التجارية هي التي تمكن التجار من الحصول على المبالغ اللازمة لمعاملاتهم التجارية دون انتظار موعد استحقاق هذه الأوراق ، وعملية الخصم وفق ما هو متعارف عليه في البنوك تعني دفع المبلغ المذكور في الورقة التجارية لحاملها قبل حلول أجل استحقاقها مقابل تسليم الورقة الى البنك الخاص (٢) .

وعملية الخصم هي عقد بين البنك وعميله وترد على الأوراق التجارية القابلة للتداول ، ولا يقوم البنك بهذه العملية للكافة بل لعملائه ومن يثق بجلادته منهم ومن الآخرين ، ومن المتعارف عليه ان البنك الخاص يشترط لاجراء عملية الخصم بعض الشروط ، كان يكون السند مقبولا من المسحوب عليه ، أو ان تتضمن الورقة توقيعات معينة ، أو ان يكون أجلها قريبا (٣) .

وقد تكون الأوراق التجارية محل الخصم مقبولة ، وهي يمثل هذه الصفة تتمتع بقيمة ائتمانية كبيرة مرددا انها تحمل ثلاثة توقيعات هم

---

(٢) انظر د. سميحة القليوبي : عمليات البنوك والأوراق التجارية ط ١٩٨٦ ص ٨٢ حيث تقول : « خصم الأوراق التجارية تخلص في قيام البنك بدفع مبلغ من المال يمثل القيمة المالية للكبيالات أو السندات الأذنية التي تقدم اليه قبل ميعاد الاستحقاق بعد ظهورها اليه تظهرا تاما ناقلا للملكية مقابل الحصول على اجر نظير ذلك ، والخصم يعد من أكثر عمليات البنوك المنتشرة في مصر وفرتسا » .

وانظر د. بهراني كجالة : الائتمان المصري بطريق التوكيع ، رسالة دكتوراه - جامعة القاهرة ١٩٨٧ ص ٢٥٤ .

(٣) انظر د. سميحة القليوبي : المرجع السابق ص ٨٤ . وتقول في ذلك ، يشترط بنك فرتسا الا تزيد مدة الاستحقاق عن ثلاثة اشهر .

كانت القائمة ان البنك الكابل لا يخصم الأوراق التي سبق له قبولها .



الساحب والمقابل والبنك الخاصم . وفي معظم الأحيان يكون المقابل هو بنك وكذلك الخاصم .

كما انه من الممكن ان يتولى البنك المقابل عملية الخصم أي خصم السندات التي سبق له قبولها ، اما لانه لا يرغب ان يتم الخصم من بنوك أخرى ، أو لانه لا يريد ان يتم تداول توقيعه في السوق المصرفي<sup>(٤)</sup> . وفي كل الأحوال فان من الجائز ان يتفق طرفا عقد الخصم على انتهاء العقد بفسخه قبل ميعاد استحقاق الورقة ، وفي هذه الحالة يتفان على ما يستحقه كل منهما .

واذا تمت عملية الخصم فلا بد من نتائج تترتب عليها ، وان هذه النتائج هي ثمرة عقد الخصم أي انها آثار هذا العقد ، وهذه الآثار هي :

١ - التزام البنك بدفع مبلغ الورقة التجارية الى حاملها .

٢ - حلول البنك محل حامل الورقة في حقوقه وضمائنه المقررة قانوناً - كحقه في تظهير الورقة أو إعادة خصمه لها من بنوك أخرى ، والانتظار لحين حلول أجل استحقاقها ، والرجوع على الموقعين عند عدم الوفاء .

٣ - التزام الحامل بدفع المقابل نظير خصم الأوراق التجارية قبل موعد استحقاقها ، وهذا المقابل هو سعر الخصم ويتمثل بالفائدة المستحقة على المبلغ المدفوع خلال مدة الأجل المتبقية لاستحقاق

---

(٤) انظر د. بشارتي بجاية : المرجع السابق ص ٧٦٠ . وتقول في ذلك « ليجوز البنك المقابل الى هذا الأسلوب رغم علمه بما ينطوي عليه من مخاطر واضرار ، يدفعنا الى التساؤل من معنى الاستفادة التي يمكن ان يجنيها البنك من وراء هذه العملية المركبة خصوصاً وأنه يستطيع ان يتعاضد كل المخاطر المحتملة ترتيبها عنها » وتقول كذلك « ان البعض يفسر ان لجوء البنك الى هذه العملية لان هذا الأخير يقصد من ذلك تكبير مصلحته المالية ، إذ يحتفظ بالورقة المضمومة لديه ويمكنه كذلك ان يقيد هذه الورقة في ميزانيته » .

الورقة ، وهي الفترة ما بين تاريخ الخصم وتاريخ الاستحقاق ، وتأتي الممولة كمعبر من عناصر المقابل وهي عبارة عن المبلغ الذي يحدده البنك وفقاً للمخاطر التي قد يتعرض لها عند عدم الوفاء بالإضافة إلى مقدار قيمة الورقة والأجل المتبقي لاستحقاقها ، أما العنصر الثالث للمقابل الذي يحصل عليه البنك نظير خصمه الأوراق التجارية فيتمثل في مصاريف التحصيل. وهي باعادة المبالغ التي يدفعها البنك نظير مطالبته بتحصيل الورقة التجارية<sup>(٥)</sup> .

أما طبيعة عملية الخصم التي يقوم بها البنك فيختلف تكييفها باختلاف الجزء الذي ينظر إليه ، ذلك ان العملية بحد ذاتها مكونة من جزأين ، الأول عبارة عن التعاقد بين البنك وعميله حامل الورقة التجارية ، والثاني عبارة تنفيذ عملية الخصم .

والعملية من وجهة نظر البعض عبارة عن حوالة حق أو قرض ، وهي من وجهة نظر أخرى (الوسيلة أو الشكل) مجرد تظهير عادي للورقة التجارية . وهذا الخلاف في تحديد طبيعة عملية الخصم لا يثور الا اذا كان البنك الحاصص هو المقابل للورقة التجارية. ونرى ان البنك في ذلك يجري تصرفاً قانونياً سليماً من حيث حقه في اكتساب الحقوق كحامل للورقة التجارية ولو كان قابلاً لها ، أما عملية الخصم التي يقوم بها فليست حقيقية لان البنك المقابل لا يمكن ان يكون دائماً لنفسه .

---

(٥) استقر القضاء الفرنسي على ان البنك اذا تقاضى فائدة كبيرة جداً فان العملية لا تكون خصماً ، أي انه اذا اقتلع من المبلغ المذكور في السند جزءاً كبيراً فان ذلك يستبعد فكرة الخصم ، وتفسير ذلك ان الخصم يفترض ثقة من البنك في استيفاء السند المضمون وهو يقبل ان يجعل قيمته اطمعناً الى استيفائه من الدافع أو شخص آخر . وان المصلحة لا تعتبر في هذه الحالة خصماً جزائياً لان هذه الصورة لا بد لها من عنصر الثقة كما هو شأن كافة صور الخصم . انظر نظري فرنسي ٨ آذار عام ١٩٢٨ ١٩٢٨ سبتي ١٩٢٨ - ١ - مشار إليه في د. علي جمال الدين عوش : عمليات البنوك من الوجهة القانونية ط ١٩٨٩ ص ٧٩٤ .

## ١٤٧- أطراف عقد خصم الأوراق التجارية :

لا يفيق عن بالنا ان نذكر ان سند السحب هو الورقة الرئيسية من بين الأوراق التجارية التي تغطي أوسع مجال في نطاق خصم الأوراق التجارية .

ولان هذه الورقة ذات اطراف ثلاثة وتتميز بذلك عن السند الاذني وهم الساحب والمسحوب عليه والمستفيد فان المستفيد يمثل طرفاً رئيسياً في عملية خصم سندات السحب ، وهو في هذا الفرض يعتبر الدائن ويتولى تقديم السند للخصم ، وفي الغالب يكون هذا الدائن (المستفيد) بانما لبضاعة اشتراها عميل أحد البنوك ، وهذا العميل هو محرر السند ( الامر بالسحب ) وهو المدين ، أما البنك الذي يتعامل معه فهو المسحوب عليه ، ويكون في مثل هذه الحالات قد تعاقد مع العميل وفتح له اعتماداً مالياً يمكنه ان يسحب عليه قيمة البضاعة .

ويمثل البنك الذي يتعامل معه البائع في الفرض السابق طرفاً في عقد خصم سندات السحب ، ذلك لان البائع غالباً ما يضع هذه السندات لدى البنك الذي يتعامل معه من أجل تحصيلها ، ويقوم الأخير بخصم هذه السندات لصالح عميله اعتماداً على ان هذه السندات مقبولة من البنك الذي يتعامل معه المشتري ، وقد يجلب ان يحتاج صاحب مشروع تجاري مبلغاً ضخماً لا يستطيع البنك الذي يتعامل معه تزويده به بمفرده ، فيلجأ العميل الى سحب عدة سندات على عدة بنوك بحيث تقبل هذه السندات من قبل تلك البنوك ، ثم يقوم كل بنك بخصم السند الذي قبله الآخر وهكذا (٦) وهذا ما يطلق عليه الائتمان الجماعي .

G. Petit - Dutailly : Le resque du Credit bancaire no 537 P. 373 (٦)

مشار اليه في د - بهراني ترجمة : المربع السابق ص ٢٥٨ .

والنظر :

Hamel . Bon ques et operations de banque tom 2 no 1105

p. p. 896 - 897.

ويحدث ان يكون الخصم هو البنك الذي قبل السند المسحوب عليه ، ويتم ذلك لتحقيق غرض الحيلولة دون لجوء الساحب الى بنوك أخرى لخصم سندات المقبولة في هذا البنك كقابل لسند السحب المتداول في الأسواق المالية ، وهو بذلك يفضل ان يجري هو عملية الخصم بنفسه .

وخصم البنك للسندات المقبولة من طرفه ، انما يتم بمقتضى عقد جديد مستقل عن العلاقة السابقة بين البنك والساحب ، ذلك ان تلك العلاقة تكون ناشئة عن فتح اعتماد .

وأقر الفقه الفرنسي عملية البنك الخصم عندما يكون هو ذاته قابلاً للأوراق المطلوب خصمها ، واعترف الفقهاء بأن هذه العملية صحيحة مستندين في ذلك الى انه من الجائز تظهير السند لصالح المسحوب عليه قابلاً كان أم غير قابل ، غير انهم حاولوا تكييف هذه العملية على انها ليست عملية خصم حقيقية ، لان عملية الخصم انما تنصب على ورقة تجارية تكسب حاملها حقاً في مواجهة الغير ، وكان تساؤلهم بأن البنك اذا كان قابلاً وخاصماً في نفس الوقت فان في ذلك لبساً يدفع الى القول ان هذه العملية مجرد سلفة تمنح للميل ضمن شروط وظروف خاصة .

#### ١٤٨- الطبيعة القانونية لعملية خصم الأوراق التجارية :

حدد العرف التجاري معنى اصطلاح الخصم بأنه قيام البنك بتقديم المبلغ المحدد في الورقة التجارية لحاملها قبل حلول أجل استحقاقها مقابل تسليم الورقة للبنك الخصم ، ويستحق الأخير اجر قيامه بذلك .

وتنازع تحديد الطبيعة القانونية لهذه العملية آراء متباينة نذكر منها :

**الرأي الأول -** يرى القائلون بهذا الرأي ان عملية خصم الأوراق التجارية تعتبر قرضاً يقوم به البنك الخاصم بصفته مقرضاً الى عميله بصفته مقرضاً بضمنان الورقة التجارية ذاتها ، ولعل القائلون بهذا الرأي قولهم بأن العميل لا يلجأ الى البنك من أجل خصم أوراق تجارية هو فيها المستفيد ، الا اذا كان بحاجة ملحة لسيولة نقدية .

فإذا تولى البنك تمويله بما يحتاجه من النقود فانما يفعل ذلك على سبيل القرض ، وهذه العملية في جوهرها من عمليات الائتمان .

**الرأي الثاني** - ومؤدى هذا الرأي ان هذه العملية - عملية الخصم - تعتبر بيعاً لحق الاستفادة في الورقة التجارية وانها بالنتيجة حوالة حق مقابل الوفاء قبل حلول الأجل (٧) .

**الرأي الثالث** - توصل القائلون بهذا الرأي ان عملية خصم الأوراق التجارية لا تخرج عن كونها تظهراً ناقلاً للملكية الورقة ، وتحكم شروط هذا التظهير وآثاره قواعد قانون الصرف ، وزادوا في ذلك قولهم انه لا حاجة للبحث عن الطبيعة القانونية أو التكييف القانوني لعملية الخصم ، أو السبب في التظهير الناقل للملكية ، وهل هو قرض أو حوالة حق ، ويكفي ان يكون السبب مشروعاً وموجوداً ، وان يكون التظهير سليماً ناقلاً للملكية وفق أحكام القانون .

وانما اذ نؤيد الرأي الثالث نقول بخطأ الرأي الأول والرأي الثاني ذلك لانه من الثابت ان عملية الخصم تؤدي الى نقل ملكية الورقة التجارية الى البنك ، وان التظهير الذي تتم به يعد وفق قواعد الصرف تظهراً ناقلاً للملكية وبالنسبة للرأي الثاني فان الميب الذي يشوبه ويجعلنا نقول بخطأه هو ان عملية الخصم وفق ما عرفناه عن طبيعتها المادية لا تنطبق عليها قواعد عقد البيع ولا قواعد حوالة الحق .

---

(٧) النظر د\* علي البارودي : العقود وعمليات البنوك التجارية ط ١٩٨٨ ص ٤٠٢ .

## المبحث الثاني

### آثار عقد خصم الأوراق التجارية

١٤٩- عقد الخصم كما عرفناه عبارة عن عملية يتم بمقتضاها تعجيل دفع قيمة ورقة تجارية لم يحل أجلها ، بحيث يجعل البنك الى المستفيد هذا الدفع مقابل تنازله عن ملكية الحق الثابت بالورقة ، ويخصم البنك من قيمة الورقة مبلغاً يسمى سعر الخصم .

ولأن تعريف الخصم يرشدنا الى الآثار التي تترتب عليه ، وهي آثار تختلف بسبب الاختلاف حول طبيعة العملية ذاتها فمن المفيد القول ان هناك تعريفات كثيرة قال بها الفقهاء كل وفق الطبيعة التي حددها للعملية .

#### ١٥٠- تعريف عقد الخصم :

« الخصم هو عقد ينقل حامل ورقة تجارية ملكية هذه الورقة الى البنك الذي يلتزم ان يجعل له قيمتها بعد خصم ما يمثل فائدة المبلغ حتى تاريخ الاستحقاق ، ويتمهد به الحامل ( مقدم الورقة للخصم ) برد القيمة الاسمية للورقة اذا لم تدفع عند موعد استحقاقها » .

« الخصم عقد يقدم شخص وهو غالباً بنك ، نقداً لمالك حق نقدي لم يحل أجله ، قيمة هذا الحق بعد خصم مبلغ يعرضه عن حرمانه من نقوده عن المدة الباقية حتى حلول الأجل » ، على انه اذا لم يدفع الحق كان على مقدم الورقة ان يرد للبنك المبلغ الذي عجله اليه مضافاً اليه المبالغ التي اقتطعت ، وان على الخاصم ان يطالب بوفاء الحق عند حلول الأجل والا سقط حقه في الرجوع على مقدم الورقة للخصم الا اذا اثبت ان عدم وفاء الحق ليس نتيجة تأخره في المطالبة أو ان التأخير غير منسوب اليه .

« الخصم اتفاق يجعل به البنك الخاصم لطالب الخصم قيمة ورقة تجارية أو سند قابل للتداول أو مجرد حق آخر ، مخصصاً منها مبلغ يتناسب مع المدة الباقية حتى استيفاء قيمة الحق عند حلول أجل الورقة أو السند أو الحق ، وذلك في مقابل أن ينقل طالب الخصم الى البنك هذا الحق على سبيل التمليك وان يضمن له وفاءه ، عند حلول أجله » (١) .

وعرفه الدكتور علي جمال الدين عوض بأنه :

« العملية التي بمقتضاها يسجل البنك الى المستفيد من ورقة تجارية لم يحل أجلها بعد ، قيمة الورقة مقابل تنازل المستفيد للبنك عن ملكية الحق الثابت بالورقة ، ويخصص البنك من قيمة الورقة مبلغاً يسمى سعر الخصم مقابل فائدة المبلغ المدفوع عن المدة من تاريخ دفعه الى تاريخ استحقاق الورقة » (٢) .

وبعد ان استعرضنا بعض تعريفات الفقه لعملية خصم الأوراق التجارية نقرر ان آثار هذا العقد يمكن استخلاصها من تلك التعريفات التي حددت التزامات اطرافه على النحو التالي :

#### ١٥١- التزامات اطراف عقد خصم الأوراق التجارية :

١- الالتزام بنقل ملكية الورقة الى البنك : وهذا الالتزام يترتب بذمة طالب الخصم بما يعني ضرورة اتخاذ الوسيلة المناسبة لنقل ملكية الورقة الى البنك وتسليمها له تسليمًا ماديًا ، وهذا الالتزام حتمي على العميل ، والتظهير هو الوسيلة التي تعطي البنك أكبر قدر من الحقوق والضمانات ، وتضيف الى الضمانات الناشئة عن عقد الخصم ضمانات تنشأ عن قانون الصرف .

(١) د. علي جمال الدين عوض : عمليات البنوك من الوجهة القانونية ط ١٩٨٩ من ٧٣٠ وما بعدها .

(٢) د. علي جمال الدين عوض : المرجع السابق ص ٧٣٠ .

أما النتائج التي تترتب على تملك البنك للورقة فهي حصول البنك على حق تقديمها للقبول الى المسحوب عليه ، وكذلك حق التصرف فيها مثل إعادة خصمها .

- **الالتزام بتعجيل مقابل الحق المخصوص** : وهذا الالتزام يترتب بذمة البنك ، وفحواه دفع المبلغ بصورة فعلية لا قانونية ، بمعنى انه ليس للبنك ان يدعي انقضاء التزامه بوقوع مقاصه بينه وبين حق له في مواجهة العميل ، وذلك ما لم تنصرف ارادة الطرفين الى معنى مخالف ، والسبب في ذلك انه رغم ان المقاصة تقع تلقائياً وبحكم القانون ، الا ان استبعادها في هذا المجال يتفق مع طبيعة عملية الخصم كمقد قائم على الاعتبار الشخصي والثقة بين الطرفين ، والبنك اذ يقبل إبرام عقد الخصم لا يكون له ان يعطله بالتمسك بالمقاصة بين الدين الناشئ عن الخصم وحق له عند العميل ، بل ان أهم التزاماته تمكن العميل من المبلغ بصورة عاجلة .

- **الالتزام بمطالبة المدين الأصلي** : وهذا الالتزام يترتب بذمة البنك الخاص ، بحيث يتعين عليه ان يطالب المدين الأصلي أولاً سواء كان هذا المدين هو المسحوب عليه أو المحرر ، ونتيجة لذلك فانه ليس للبنك ان يطالب العميل الا بالرجوع لعدم الوفاء .

- **الالتزام بمطالبة المدين الأصلي بتاريخ الاستحقاق** : وهذا الالتزام يترتب بذمة البنك بحيث لا يجوز له المطالبة قبل حلول أجل الورقة محل عقد الخصم ، غير أن هناك مسائل تثار بمناسبة خصم الأوراق التجارية تؤدي الى تقديم أو تأخير موعد استحقاق الورقة المخصوصة ومن أمثلة تقديم موعد استحقاق الورقة المخصوصة .

- **رفض القبول متى طلب من المسحوب عليه** .

- **إفلاس المسحوب عليه سواء كان قابلاً للسند المخصوص أم لا** .

- **إفلاس صاحب السند غير القبول** .



- الغلاس العميل اذا كان هو صاحب السند غير المقبول او كان هو المسحوب عليه فيه .

ومن امثلة تأخير موعد استحقاق الورقة المخصوصة :

- الانطاق على هذا التأخير .

- انشاء ورقة جديدة تحل محل الورقة المخصوصة .

وبشان اطالة أجل الورقة فذلك اختياري للبنك الخاص ، اذ متى وافق على الأجل الجديد يعتبر كأنه ابرم اتفاقاً جديداً بينه وبين طالب الخصم ، ولو لم يوافق باقي الموقعين ، ونتيجة ذلك يفقد البنك حقه في الرجوع على الموقعين على الورقة الذين لم يقبلوا الأجل الجديد .

#### ١٥٢- انقضاء الالتزامات الناشئة عن عقد الخصم :

تفضي التزامات اطراف عقد الخصم بوفاء كل منهما بها ، على نحو يمكن العميل طالب الخصم البنك الخاص من ملكية الورقة التجارية بحيث ينقل له ملكيتها كما ذكر آنفاً ، وبالمقابل يمكن البنك الخاص العميل طالب الخصم من المبلغ الذي تتضمنه الورقة المخصوصة ، ثم قيام البنك بالرجوع على المسحوب عليه أو الضامن .

غير ان علاقة اطراف العقد ربما تنتهي الى غير الصورة السابقة كما لو انتهت بفسخ عقد الخصم ، أو انتهاء هذا العقد على النحو التالي :

#### فسخ عقد الخصم :

الفسخ هو جزاء عدم تنفيذ أحد اطراف العقد التزاماته ، ويخضع عقد الخصم من حيث إمكان فسخه الى القواعد العامة في العقود على نحو تعود الورقة المخصوصة الى العميل طالب الخصم ، ويرد هو ما قبض الى البنك ، وهذا يعني إعادة الحال الى ما كان عليه قبل ابرام عقد الخصم ، الا ان العرف التجاري قد خرج عن مألوف القواعد العامة فيما يتعلق بالفسخ بحيث يعامل الفسخ كالاتهاء ويقتصر أثره على المستقبل ، وذلك

من أجل تخفيف القسوة عن البنك عندما يكون ملزماً بإعادة الفائدة والعمولة إلى العميل طالب الخصم في حين يكون الأخير قد استفاد من المبلغ طوال المدة السابقة (٣) .

#### انتهاء العقد :

ينتهي عقد الخصم بإرادة الطرفين وذلك بإبرام عقد جديد يرد العميل طالب الخصم إلى البنك المبلغ الذي قبضه ويرد البنك الورقة التجارية .

ولأن هذا الاتفاق يعتبر جديداً يبرمه الطرفان فإنه لا ينور بينهما من مسائل كالتي تنور عند فسخ العقد ، لأن بإمكان الاطراف الاتفاق على الفوائد والعمولة والأجر بصورة ودية ، ويقول الاستاذ الدكتور علي جمال الدين عوض في مؤلفه ( عمليات البنوك من الوجهة القانونية ) انه « يلاحظ ان رد اللقود من جانب العميل للبنك لا يعتبر وفاء لدين لم يحل أو تنفيذاً مباشراً لالتزامه بضمان الوفاء ، اذ الفرض ان العقد قد فسخ فلا محل لتنفيذ التزام ناشيء عنه ، لذا فهو لا يدخل في نطاق البطلان الوجوبي ان حصل خلال فترة الرتبة ، وهو على كل حال لا يعد وفاء بشئ مقابل لانه نظير رد الورقة الى (العميل) ويقول كذلك ، الغالب ان يكون من المتفق عليه ان يرد العميل القيمة الاسمية للورقة مخصوماً منها العمولة والفائدة من المدة الباقية حتى الاجل الذي كان الاتفاق عليه واضحاً » (٤) .

---

(٣) انظر د. علي جمال الدين عوض : المرجع السابق ص ٨٢٣ ويقول « ومنى وقع الفسخ كان اثره طيلة للقانون رجعياً ... ومع ذلك فإنه يلاحظ ان في هذا الحل قسوة على البنك بما يؤدي اليه من قلة ائنه حقه في العمولة والفائدة في حين ان العميل قد افاد من المبلغ طوال المدة السابقة على الفسخ ، ولذا فمن الأوفق ممانلة الفسخ منا كالانتهاء وقصر اثره على المستقبل ، فيلزم يرد المبلغ الذي قبضه من البنك مضاعفاً الى العمولة والفائدة التي تستحق عن المدة السابقة على الفسخ والتي احجز خلالها المبلغ » ويشيب قائلا « انه يمكن تأسيس هذا الحل على اعتبار انه صورة للتحويل يبررها ان الفسخ راجع الى خطأ من العميل فهو يلغزم الآن بتسوية البنك عن نتائج » .

(٤) د. علي جمال الدين عوض : المرجع السابق ص ٨٢٤ .

## الفصل الثاني

### تحصيل الأوراق التجارية

١٥٣- يهدف العميل في كثير من الأحيان الى البنك بتحصيل حقوقه لدى الغير بحيث يقوم بالنيابة عنه بتصرفات قانونية يكون وكيله في تحصيل هذه الحقوق ومنها ما يتعلق بالأوراق التجارية (١) .

وقيام البنك بمثل هذه التصرفات يعد من جانبه خدمة مصرفية يقدمها لملائته مقابل ما يترتب على عاتق هؤلاء من مقابل لقاء هذه الخدمة كالعمولة ، ويلتزم البنك بالإضافة الى تحصيل الحقوق الثابتة في الورقة التجارية بتنفيذ تعليمات العميل واعادة المستندات المتعلقة بعقد التحصيل بعد انقضاء .

والخدمات المصرفية ومنها تحصيل حقوق العملاء تعد وسيلة للدعاية للبنك تؤدي الى زيادة موارده وتشجيع العملاء الى التعامل معه . وان تحصيل حقوق العملاء في الأوراق التجارية تحكمه قواعد قانونية خاصة مستمدة من قانون جنيف الموحد الصادر عام ١٩٣٠ والتي قننتها كثير من التشريعات على ان البنك وهو يقوم بعمل قانوني لحساب عمليه فائما يقوم به على على أساس من الوكالة كما وردت أحكامها في القانون المدني (٢) .

(١) انظر د . حسن حسني : عقود الخدمات المصرفية ص ٥٩ وما بعدها . ويفرق بين العمل المصرفي والخدمة المصرفية بان لكل منهما نطاقا يتحدد من خلال ميار المخاطرة التي يتعرض لها البنك ، ذلك انه لا يتعرض لاية مخاطر باذاته الخدمة المصرفية وعكس ذلك اذا قام بالعمل المصرفي .

ولئن نرى ان الفرق بين العمل المصرفي والخدمة المصرفية لا يتحدد على أساس المخاطرة لاحمال وجودها في الحالتين .

(٢) انظر د . علي جمال الدين عوض : المرجع السابق ص ٨٩٠ ود . حسن حسني : المرجع السابق ص ٦٤ ويحدد الأوراق التجارية التي يقوم البنك بتحصيلها فيقول ص ٠ الكمبيوترية بأنواعها المادية والمستندية بنوعها الخارجية والداخلية وكذلك السندات الاذنية والشيكات المصرفية والشيكات المقبول الدفع والشيكات بتاريخين والشيكات المؤجلة ذات التاريخ الواحد .

ومضمون عملية تحصيل الأوراق التجارية تشمل الطلب الذي يقدمه العميل للبنك ليتولى عنه تحصيل حقوقه في الأوراق التجارية وهو ما يقتضي إذا وافق البنك على أن يظهر العميل الورقة التجارية تظهراً توكلياً يبقى مالكا لها ، فيلتزم البنك في ضوء ذلك مطالبة المدينين في الورقة المطلوب تحصيل قيمتها وعليه عند الامتناع أثبات ذلك في ورقة احتجاج تمهيداً للرجوع على الملتزمين في الوفاء» (٣) .

وناقش موضوع تحصيل الأوراق التجارية في مبحثين نتحدث في الأول عن طبيعة عملية تحصيل الورقة التجارية ويشمل التكييف القانوني وطرق التحصيل وعلاقة أطراف عملية التحصيل ، ونتحدث في الثاني عن الآثار الناتجة من عقد تحصيل الحق الثابت في الورقة التجارية من حيث التزامات البنك كوكيل من جهة والتزامات العميل كموكل من جهة أخرى .

---

(٣) انظر د. علي البارودي : العقود وعمليات البنوك التجارية ط ١٩٨٨ ص ٤٠٤ وما بعدها .

وراجع د. إدوار عبيد : المرجع السابق ص ٥٥٠ . والمؤلف : الأوراق التجارية ط ١٩٩٠ ص ٦٥ وما بعدها .

## المبحث الأول

### طبيعة عملية تحصيل الأوراق التجارية

١٥٤- الأوراق التجارية اداة وفاء يتم دفع قيمتها في موعد استحقاقها ، واداة ائتمان تطلي محررها وقتاً للوفاء ، ولهذه الأوراق اطراف منهم مدين ومنهم دائن ، والأخير يسمى لتحصيل قيمة هذه الأوراق بنفسه وله الحق في ان يوكل عنه غيره في تحصيل قيمتها ، والحالة الأخيرة ما قصدنا ان نناقشها في هذا المبحث وهي حالة قيام شخص آخر غير الدائن بتحصيل قيمة هذه الأوراق لحساب الأخير .

وفي ضوء ذلك فان عملية التحصيل هذه لا بد ان يسبقها مرحلة يتم اثناءها إبرام عقد بين الدائن في الورقة التجارية وبين من سيقوم بتحصيلها ، وهو في الغالب بنك ، يُعهد اليه بموجب هذا العقد تحصيل حقوق عميله (الدائن) لدى الغير .

وعملية تحصيل قيمة الورقة التجارية كآثر لعقد تم إبرامه بين البنك وعميله يقوم بها هذا البنك كواحدة من الخدمات التي يقدمها لعملائه ، الا انها غير تبرعية لان انتفاء صفة التبرع تلازم الممليات التجارية بشكل عام ، ويصل البنك بمناسبة الخدمات المصرفية التي يقوم بها على زيادة عملياته الأصلية او اجتذاب عملاء آخرين .

ونبين في الفقرات التالية التكيف القانوني لعملية تحصيل الأوراق التجارية ، وطرق التحصيل والعلاقة القانونية بين الأطراف - البنك والعميل ، البنك والمدين .

## ١٥٥- التكيف القانوني لعملية تحصيل الأوراق التجارية :

ان المدين في الورقة التجارية يعتبر أجنبياً في العقد المبرم بين الوكيل وعميله (الدائن) ، وهذا العقد يتم عادة دون رضا المدين أو علمه ، ولذلك لا تربطه بالوكيل أية علاقة عقدية ، ورغم ذلك فان هذا الوكيل يمكنه مطالبته بالوفاء - عند حلول أجل الاستحقاق - بقيمة الأوراق التجارية . وانه اذا حل محل الدائن فانه بذلك يصبح مالكا للحقوق الثابتة في الورقة التجارية بمقتضى اتفاق الحلول ، على نحو يصبح دائماً جديداً حل محل الدائن في حقوقه على المدين - وهو ما لا نود الحديث عنه ، لان غايتنا تنصرف الى تحديد طبيعة قيام البنك بتحصيل قيمة الورقة التجارية لحساب عميله .

ويلجأ البنك وعميله الى تحصيل الأوراق التجارية في اطار الوكالة التي يقوم بموجبها البنك بالتحصيل نيابة عن عميله الذي يبقى مالكا لها ، وهو بهذه الصفة وكيل عادي يلتزم بتعليمات العميل كموكل ، ويتصرف في حدود السلطات الممنوحة له بموجب عقد الوكالة ، ولا بد للوكيل بموجب هذا العقد أن يرجع الى قواعد الوكالة ، وتبدو فائدة عقد الوكالة لتحصيل الأوراق التجارية في أنها تمثل بالنسبة للعميل الاستفادة مما يقدمه البنك من خدمات تجعله يتفرغ الى أعمال أخرى ، وبالنسبة للبنك معرفة أسرار عملائه من حيث مركزهم المالي ومدى منحهم التسهيلات المصرفية في ضوء تعامل هذا البنك مع الجمهور ، بالإضافة الى ما يتقاضاه من عمولة (١) .

لذلك وبعد الوقوف على الصفة التي يتمتع بها البنك عند تحصيله للحقوق الثابتة في الورقة التجارية ، في انه لا يطالب المدين بالوفاء على

---

(١) انظر في ذلك د<sup>٠</sup> موديه توفيق : وكالة تحصيل وضمان الحقوق التجارية . رسالة دكتوراه جامعة القاهرة سنة ١٩٨٨ ص ١١٨ وما بعدها .

أساس انه مالك لها أو لحسابه الخاص ، بل يطالبه بقيمتها لحساب عميله وبالوكالة عنه ، فان طبيعة هذه العملية تكيف على أساس الوكالة بحيث لا يضمن فيها الوكيل مخاطر عدم الوفاء ، وله حق الرجوع على العميل الموكل في حالة تقديم قروض له بضمنان هذه الأوراق .

والبنك الذي يقوم بهذه العملية انما يقوم بتصرف قانوني لحساب عميله ، وبالتالي فانه وكيل عنه بتحصيل الحقوق الثابتة بموجب الأوراق التجارية .

وعلى هذا التأسيس تكون العلاقة بين البنك وعميله عبارة عن عقد وكالة تخضع لاحكام القواعد العامة في القانون المدني ( المواد ٨٣٣ - ٨٦٧ ) ويكملها العرف المصرفي<sup>(٢)</sup> .

#### ١٥٦- طريق تحصيل الأوراق التجارية :

لان تحصيل الأوراق التجارية يتم بموجب عقد الوكالة ، فالوكيل ملتزم بشروط هذا العقد وتعليمات الموكل . وتحصيل الحقوق الثابتة في الأوراق التجارية يتم ودياً أو جبرياً ، وهو في الصورة الأولى يتم تحصيل قيمة الأوراق بإرسال اشعار الى المدين فيها عند استحقاقها ، حتى اذا بادر بدفع قيمتها لم يعد هناك ما يربط هذا المدين بالدائن الموكل أو وكيله (البنك) .

أما اذا تخلف المدين عن الدفع بعد الاشعار أو تراخي فيه ، فمن واجب البنك بصفته وكيلًا للدائن ان يشعر الأخير بواقعة عدم الوفاء ، وفي هذه الصورة الثانية وهي التحصيل الجبري والتي تمثل المرحلة اللاحقة لمرحلة التحصيل الودي ، تلك المرحلة التي لا تنتج الا عن تراخي

---

(٢) انظر د. علي جمال الدين عوض : عمليات البنوك من الوجهة القانونية ط ١٩٨٩

المدين في الوفاء أو تعنته في هذا الوفاء ، يقوم البنك بالتنفيذ الجبري على المدين ( ملاحقته قضائياً ) التنفيذ على أمواله جبرا ٠٠٠ النع .

والبنك الوكيل وهو يقوم بعملية تحصيل الحقوق الثابتة في الأوراق التجارية فهو يقوم بذلك أما بمقتضى دعوى الحلول ( حلول الدائن محل المدين ) باعتباره حل محل عميله في مطالبة المدين الاصيلي وأما بمقتضى دعوى شخصية سلفاً لمقد الوكالة الذي يخوله القيام بما وكله فيه عميله (٣٢) .

#### ١٥٧- العلاقة بين اطراف عملية تحصيل الأوراق التجارية :

تتكون هذه العلاقة فيما بين الوكيل والمدين من جهة وبين الوكيل والموكل من جهة ثانية .

ففي العلاقة بين الوكيل والمدين فانها لا تقوم على أساس المديونية أي علاقة الدائن بمدينه ، وبهذه الصفة يتمتع على الوكيل (البنك) اتخاذ اجراءات التنفيذ الجبري لانه غير مالك للحق الذي في ذمة المدين ، وبالتالي فهذه العلاقة هي علاقة وكيل بمدين موكله ، وهذا الامر يستوجب قبل اتخاذ اجراءات التنفيذ الجبري في حالة امتناع المدين عن الوفاء انتظار تعليمات الموكل لان البنك لا يقوم بمقاضاة المدين الا وفق تعليمات الموكل .

وفي الجهة الثانية حيث علاقة الموكل بالبنك الوكيل فهي كما قلنا مستمدة من عقد الوكالة ، بما يعني ان البنك ملتزم بتنفيذ تعليمات عميله . وفي الواقع العملي نجد ان العميل يظهر الأوراق التجارية على

(٣١) انظر في الأساس القانوني للموكل في التحصيل :

J. Letoux : Le Contrat de Factoring, these, Rennes 1977 p.p. 290-292

رسالة دكتوراه اعدتها هذا الكاتب عام ١٩٧٧ في جامعة رن بفرنسا .



نحو يصبح فيها البنك وكيلًا بتحصيلها ، وهو ما يطلق عليه التظهير التوكيلي وهو بخلاف الوضع الذي يظهر فيه العميل هذه الأوراق بصورة يصبح معها البنك مالكاً لها ، أو يظهر العميل هذه الأوراق بصورة يصبح معها البنك مرتباً لها ، ولكل فرض مما ذكر قواعد خاصة سيأتي بيانها .

وبالنتيجة فإن العلاقة بين الموكل والوكيل والعلاقة بين الوكيل ومدين الموكل تحكمهما قواعد الوكالة .

## المبحث الثاني

### آثار عقد تحصيل الأوراق التجارية

١٥٨- آثار العقد هي التزامات اطرافه التي رضي بها كل منهم ، والتزامات اطراف عقد تحصيل الأوراق التجارية هي التزامات البنك الوكيل والتزامات العميل الموكل وتناقشها فيما يلي .

#### ١٥٩- التزامات البنك الوكيل :

يتعين على البنك الوكيل ان يقوم بما ترتب بذمة من التزامات ناتجة عن عقد الوكالة ، وهذه الالتزامات هي مطالبة المدين بالحق بتاريخ استحقاقه ، وأخطار الموكل بالتطورات والوقائع التي من شأنها التأثير في استيفاء حقه ، وإعادة ما تملك بمقتد الوكالة من سندات وأوراق بالإضافة الى المبلغ المحصل الى الموكل .

وهذه الالتزامات ترتب بذمة البنك بعد مطالبة المدين بالفداء ان يحذر الاحتجاج عند عدم الدفع من أجل اثبات هذه الواقعة ، وعلى البنك ان يحرك الضمانات التي من شأنها المحافظة على حقوق العميل (الموكل) .

وفي كل الأحوال ينقض التزام البنك الوكيل بمطالبة المدين على نحو يحفظ لعميله حقوقه ويمكنه من المطالبة بها قضائياً ، وهذا يعني ان الوكيل غير ملزم باتخاذ اجراءات التنفيذ الجبري أو المطالبة القضائية الا اذا كلفه الموكل بالقيام بها ، وهذا ما قضت به محكمة النقض المصرية حيث أقرت للبنك بحق مقاضاة المدين في الورقة التجارية باسمه ولحساب موكله ( نقض ٢٨ نوفمبر ١٩٥٧ ) (١) .

والتزام البنك مطالبة المدين يشكل عبئاً على البنك ذلك لانه يسأل عند عدم المطالبة وفق المواعيد المقررة قانوناً ، أو عند عدم مراعاته لقواعد

(١) د. علي جمال الدين عوفى : المرجع السابق ص ٨٨٩ وما بعدها - ويقول في هذا الصدد ان منظم التشريعات يأخذ بقواعد مستمدة من قواعد جنيف الموحدة لسنة ١٩٣٠ الخاصة بالأوراق التجارية .

الشكل في الاجراءات التي يتخذها للمبادرة بأثبات واقعة عدم الدفع .  
أما مسؤولية البنك فنتيجة عن التراخي بالمطالبة بالحقوق الثابتة في  
الاراق التجارية ، لأن أي تخلف أو توان في مواعيد المطالبة أو شكلها  
يمرض الدائن لسقوط حقه في الرجوع على ضامني الورقة وأحياناً على  
الساحب .

ويسأل البنك كذلك اذا هو تأخر في أخطار عميله بفشل المطالبة ،  
لأن ما يترتب على التأخر في ذلك استمرار العميل في التعامل مع المدين  
ظناً منه ان الأخير أولى قيمة الأوراق ، وقضت محكمة النقض الفرنسية  
بذلك عندما قررت ان البنك أهمل احمالاً كبيراً في عدم أخطاره العميل  
الموكل ، وكان حكم النقض هذا قد صدر في صدد قضية كان قد رفعها  
عميل أحد البنوك ضد البنك ، وادعى فيها ان البنك لم يخطره بواقعة  
عدم الوفاء مما جعله يستمر في التعامل مع المدين المسحوب عليه ظناً منه  
انه أولى دينه السابق والذي كلف البنك بتحصيله ، ثم افلس هذا  
المدين ، وكان دفاع الموكل في الدعوى انه لو كان علم بواقعة عدم الوفاء  
لكف عن التعامل (٢) .

والالتزام الأخير الذي يترتب عقد الوكالة بذمة البنك هو تقديم حساب  
للموكل على نحو يثبت المبالغ المحصلة في الجانب الدائن بحساب العميل  
لديه أو يدفع المبلغ له مباشرة بالإضافة الى اعادة كافة المستندات المثبتة  
للحق سواء تم تحصيله أم لا .

#### ١٦٠- التزامات العميل الموكل :

يلتزم العميل الموكل بدفع العمولة المتفق عليها أو تلك التي جرى  
عليها العرف ، وهذه العمولة تتناسب عادة مع مقدار الحق المطلوب  
تحصيله ، ويلتزم كذلك بدفع النفقات الإضافية التي يتحملها الوكيل

---

(٢) انظر هذه الاحكام الصادرة من القضاء الفرنسي في المراجع السابق ص ٨٩٦ وما بعدها .  
وحكم ان البنك عليه بذل عناية الوكيل المأجور وأخطار عميله بعدم حصول الوفاء ويسأل  
إذا تأخر عنه في ذلك . نقض مدني فرنسي ١٩٢٤/١١/٤ جلازيت ١٩٣٥/٧/٢٧ .  
المراجع السابق ص ٨٩٧ هامش ١٤ .

في سبيل تنفيذ الوكالة ويعد ذلك تمويضاً للبنك الوكيل ، على ان التعويض لا يلقطه العميل الا اذا كان بالاتفاق .

وجرى العرف أن يقوم العميل بتظهير الاوراق التجارية التي يطلب الى البنك القيام بتحصيلها وهذا التظهير توكيلي ، بموجبه يبقى العميل مالكا للورقة التجارية ، يستطيع استردادها في حالة افلاس البنك (١٣) .

ونتيجة لذلك فان العميل يستطيع الرجوع في وكالته على نحو يمكنه عزل البنك ، الا اذا تعلق لهذا الأخير حق في الوكالة فيمتنع عزله ، كما لو دفع قيمة الورقة الى الموكل ، أو قيد له في جانب الدائن من حسابه الجاري قيمتها ، المادة ٨٦٣ مدني أردني .

ويترتب أيضاً انقضاء الوكالة في حالة افلاس العميل قبل اتمام تحصيل الورقة التجارية ، الا اذا كان هذا البنك قد قيد قيمتها في جانب الدائن من حساب العميل ، أو دفعها نقداً ، ويمثل هذه الحالة يبقى له تحصيل قيمتها (١٤) .

ويترتب أخيراً أنه اذا توفي العميل انقضت وكالة البنك وسقطت عنه صفته في استيفاء الدين ما لم تتضمن هذه الوكالة مصلحة لأطرافها وتعلق بها حق الغير - المادة ٨٦٢ مو القانون المدني الأردني ويقابلها المادة ٧١٥ مدني مصري .

ويشأن انتهاء الوكالة على النحو المتقدم يقول الدكتور علي جمال الدين عوض : « وعلى كل حال فانه بالنظر الى الغير حسني النية ، الذين

---

(٣) انظر د. علي البارودي : العقود ومبيلات البنوك التجارية ، ط ١٩٨٨ ص ٤٠٤ ويقول : « وتبدو أهمية ذلك اذا افلاس البنك ، إذ يستطيع العميل ان يسترد الورقة التجارية من التفليسة » .

(٤) انظر الدكتور علي جمال الدين عوض : عمليات البنوك من الوجهة القانونية ، ط ١٩٨٩ ص ٩٠٦ ويقول « اذا افلاس العميل قبل التحصيل انقضت الوكالة ولكن يظل للبنك تحصيل الورقة اذا كان قد قيد قيمتها في حساب العميل أو كان قد اعطاه قيمتها مودعاً » .

لا يعلمون بانتهاء الوكالة ، تظل حقوقهم قائمة تحميها قواعد الظهور أي القواعد الخاصة بحماية الحقوق المترتبة على الوضع الظاهر (٥) .

وما ينطبق على سند السحب فإنه ينطبق على الشيك بشأن تخصيله كورقة تجارية يعهد بها الى بنك يتولى عملية التحصيل ، ومع ذلك فإن هناك أحكاماً تفرد بها عملية تحصيل الشيك .

ونتصور عملية تحصيل الشيك على النحو التالي :

يتقدم العميل من البنك بشيك مسحوب على بنك بعيد عن محل اقامته ، ويطلب اليه تخصيله وفق الاعراف المتبعة ، أو يتقدم العميل بشيك مسحوب على رصيده في بنك آخر ويطلب تخصيله وفق الاعراف المتبعة ، هاتان الصورتان تمثلان الجانب الإيجابي للعميل في كونه المستفيد من قيمة الشيك الذي يطلب تخصيله ، وهو بذلك مالك الحق الثابت في هذا الشيك ، سواء كان صاحب الشيك العميل أو غيره .

ويأتي دور البنك ، الذي يرحب عادة بتحويل الشيك لحساب عميله خدمة له ، وهو بذلك إما أن يقيد قيمته بحساب العميل تحت بند معلق (٦) أو ان يقيد قيمته نقداً في حسابه على نحو يستطيع العميل قبضها .

والفارق في العمليتين السابقتين ان البنك إما ان يكون ضامناً وإما ان يكون وكيلًا ، فإذا كان ضامناً فإنه يمتلك الشيك ذلك لانه يكون قد دفع قيمته نقداً للعميل ، أما اذا كان وكيلًا فإن الشيك يبقى مملوكاً للعميل لحين تحصيل قيمته ، فإذا لم تحصل رده اليه بوصفه مالكا له .

وهناك صورة أخرى لتحصيل الشيك ، تظهر في قيام البنك بدفع قيمة الشيك نقداً الى عميله كقرض بضمان هذا الشيك ، وبهذه الصورة

(٥) انظر د. علي جمال الدين عوفى : المرجع السابق ص ٩٠٦ .

(٦) يعلق البنك قيمة الشيك على نحو يتمتع على العميل قبضها على الرغم انها معلقة في الجانب الدائن له وبقي كذاك لحين تحصيلها من البنك المسحوب عليه .

يبقى الشيك ملكاً للعميل يتحمل مخاطر عدم تحصيله ، وانه اذا لم يتم التحصيل يكون العميل مدينًا للبنك بالقرض الذي قيده له بضمنان الشيك ، ويجري البنك قيداً عكسياً في حساب العميل ، وخطورة هذه الصورة يتحملها البنك في حالة إفلاس العميل ، لانه يلتزم برد الشيك الى وكيل التفليسة ويصبح هو أحد الدائنين بقيمة القرض في تفليسه العميل (٧) .

واذا كان الأصل ان البنك كوكيل في التحصيل لا يدفع لموكله قيمة الورقة التجارية الا بعد تحصيلها ، الا ان الاتفاق بين الطرفين ينتهي عادة بتحويل دفع قيمة هذه الورقة للعميل بضمنان الورقة ذاتها ، وهذا التصور يمكن القول بشأنه ان البنك قدم قرضاً على الحساب بحيث يقيد له في جانب الدائن قيمة الورقة ويمكن للعميل التصرف في هذا المبلغ ، وبهذه الصورة تبقى الورقة التجارية مملوكة للعميل ويتحمل مخاطر عدم تحصيلها ، وانه اذا حل أجل استحقاقها وتمنع المدين بها عن الوفاء ، أجرى البنك قيداً عكسياً في حساب العميل وجعله مدينًا له بالمبلغ الذي وضعه في جانب الدائن (٨) .

---

(٧) المرجع السابق ص ٩٠٦ .

(٨) المرجع السابق ص ٩٠٨ ويقول « لا يمد هذا الاجراء خطأ يسمح للغير ان يطالب البنك بتعويض ما يسببه له من ضرر ، حتى ولو لم يتحقق البنك من وجود الرصيد مائداً » . وانظر نفس تجاري فرنسي ١٩٧٥/١/١٥ . المجلة الفصلية ١٩٧٥ ص ٣٣٢ رقم ٥ .  
مشار اليه ، المرجع السابق هامش ٢٧ ص ٩٠٨ .

## الفصل الثالث

### رهن الأوراق التجارية

١٦٦- التسليف بقائمة عقد من العقود التي يملكها رهن شيء (منقول أو عقار) يجعل الدائن مطمئناً على نحو يمكنه من استيفاء دينه من ثمن الشيء المرهون إذا ما طل المدين ، ويسمى هذا العقد رهناً ، وإطرافه الدائن وهو المرتهن والمدين وهو الراهن ، أما محل الرهن فهو الشيء المرهون .

ونظم القانون المدني عقد الرهن سواء كان منقولا أم عقاراً ، ووردت أحكام الرهن في المواد من ١٣٢٢ - ١٤٣٢ ، كما وردت في القانون المدني المصري في المواد ١٠٣٠ - ١١٢٩ . والرهن يقع على العقار وهو الرهن العقاري ويقع على المنقول وهو الرهن المنقول .

أما رهن العقار فيكون حيازياً أو تأمينياً وهو في صورتيه لا بد من تسجيله - المادتان ١٣٢٣ ، ١٤٠٢ من القانون المدني الأردني - ويقابلها المادتان ١٠٣١ ، ١١١٤ من القانون المدني المصري .

ولأن حديثنا سينصب على رهن الأوراق التجارية وهي من المنقول ، لذلك سنكتفي بالحديث عن رهن المنقول ، الذي نظمه القانون المدني الأردني في المواد ١٤٠٥ - ١٤٠٨ والقانون المدني المصري في المواد ١١١٧ - ١١٢٢ .

ونصت المادة ١٤٠٥ مدني أردني على أنه « لا يعتبر رهن المنقول حيازياً نافذاً في حق الغير إلا إذا دون في ورقة ثابتة التاريخ يحدد فيها الدين والمال المرهون إلى جانب انتقال الحيازة إلى المرتهن » .

ونصت المادة ١١١٧ مدني مصري على أنه : « يشترط لنفاذ رهن المنقول في حق الغير الى جانب انتقال الحيازة أن يدون العقد في ورقة ثابتة التاريخ يبين فيها المبلغ المضمون بالرهن والعين المرهونة بياناً كافياً ، وهذا التاريخ الثابت يحدد مرتبة الدائن المرتهن » .

ولعل تشابه أحكام النصين الأردني والمصري يجعلنا نحدد شروط نفاذ عقد رهن المنقول في القانونين بأنها :

- ١ - انتقال حيازة الشيء المرهون الى المرتهن .
- ٢ - تدوين العقد في ورقة ثابتة التاريخ .
- ٣ - ذكر المبلغ المضمون بالرهن والشيء المرهون .

ونظام الرهن واحد سواء كان الدين مدنياً أو تجارياً ولا يفرق الرهن في كليهما الا ببعض تفصيلات خاصة بالرهن التجاري تتعلق بوسائل الإثبات وسرعة البيع الجبري (١) .

ورهن الأوراق التجارية يشبه الى حد التأمينات العينية التي يختص فيها الدائن ببعض أموال المدين ، بحيث يكون له ان يطالب بحق التقدم على ثمنها ، فيستوفي دينه من قيمتها قبل غيره من الدائنين ، ويتخلص من التزامهم معه (٢) .

وسنقوم بالحديث عن رهن الأوراق التجارية في المباحث الثلاثة التالية :

---

(١) انظر د. علي العريف : شرح القانون التجاري ط ١٩٥٩ ص ٢٤٤ ويقول في ذلك . « ... فلو عقد عقد رهن المنقول كتعبير واحدة في الأعمال المدنية والتجارية مع استثناء الإثبات والتفصيل بالبيع الجبري » .

(٢) انظر د. محمد كامل مرسي : شرح القانون المدني الجديد . الحقوق العينية الضمانية أو التأمينات العينية ط ١٩٤٨ ص ١٣ .



## المبحث الأول

### طبيعة عملية رهن الأوراق التجارية

١٦٢- تتوقف طبيعة عقد الرهن بشكل عام على طبيعة الدين المضمون به، فإذا كان هذا الدين مدنياً، كان الرهن مدنياً وإذا كان الدين تجارياً كان الرهن تجارياً، وهذه النتيجة حتمية على أساس أن الرهن تابع وهو بتبعيته يعتبر فرعاً بمعنى أن الدين هو الأصل والرهن هو الفرع والفرع يتبع الأصل.

وعلى ذلك يتبع الرهن الدين ويكتسب صفته، ولا عبوة في تحديد طبيعة الرهن لما إذا كان الدين أو الدائن تاجراً، ولا يشترط أن يكون الدين تجارياً بالنسبة للطرفين معاً أو بالنسبة إلى الدين وحده، بل يكفي أن يكون الدين تجارياً بالنسبة إلى أي منهما حتى يكون الرهن كذلك (١).

وتختلف أحكام انشاء الرهن باختلاف ما إذا كان الرهن مدنياً أو تجارياً، لأن عقد الرهن عقد رضائي يتم بمجرد الاتفاق ولا يشترط فيه الكتابة، وتطبق في شأن الالبات القواعد العامة في القانون المدني وقانون البيئات، وهذه الأحكام فيما يتعلق بطرفي العقد، أما بالنسبة للغير فلا يجيز القانون المدني الاحتجاج ضده بالرهن إلا إذا كان العقد ثابت التاريخ وتم تسليم الشيء المرهون للدائن المرتهن. المادة ١٤٠٥ من القانون المدني الأردني.

أما فيما يتعلق بالرهن التجاري فنصت المادة ١/٦١ من قانون التجارة الأردني على أنه: « فيما خلا القيود التالية يثبت الرهن بجميع طرق الالبات » وهذا ينسجم مع ما تقتضيه المعاملات التجارية من مرونة وسرعة.

(١) انظر عكس هذا الرأي ربيع ٢٣٢١ مشار إليه في د. محسن شفيق: المرجع السابق ص ٥٥ ويقول في ذلك « انه إذا كان الدين مختلطاً فلا يكون الرهن تجارياً إلا إذا كان الدين يعتبر عملاً تجارياً بالنسبة إلى الدين ».

كما نصت المادة (٧٦) من القانون التجاري المصري على أنه : « يشتب الرهن الذي يعقد ضماناً لدين تجاري بكافة طرق الاثبات المقبولة في المواد التجارية سواء بالنسبة للمتعاقدين أو للغير » .

وتسرى بشأن شرط الحيابة أحكام المادة (١٤٠٥) من القانون المدني الأردني ، بحيث تكون الحيابة شرطاً للاحتجاج بالرهن على الغير سواء كان مدنياً أو تجارياً .

ولا يبقى من فرق في الأحكام التي تطبق على عقد الرهن المدني أو التجاري سوى ما يتعلق بمسألة الاحتجاج بالرهن على الغير اذ يشترط لهذا الاحتجاج ان يكون مكتوباً ثابت التاريخ في الرهن المدني ، بينما لا تشترط الكتابة في الرهن التجاري ومع ذلك فان الرهن التجاري يقع في الغالب مكتوباً وتتبع فيه اجراءات ثبوت التاريخ .

### ١٦٣- أحكام الرهن :

يعتبر الرهن تجارياً أو مدنياً متى وقع ضماناً لدين تجاري أو مدني (٢) ، ويعتبر عقد الرهن تجارياً متى عقد ضماناً لدين تجاري (٣) ، لذلك فالعبارة بطبيعة الدين للحكم على نوع الرهن ، ويكون تجارياً اذا كان المدين تاجراً لافتراض أن الرهن تم لضمان دين يتصل بنشاطه التجاري ، وهذا الافتراض يقبل العكس (٤) . وعموماً فانه طبقاً للقواعد العامة يكتسب عقد الرهن الصفة المدنية أو التجارية تبعاً للالتزام الأصلي ، ذلك لأن عقد الرهن عقد تبعي وهو كذلك لانه ضمان لتنفيذ الالتزام

(٢) انظر الدكتور علي المريف : شرح القانون التجاري ط ١٩٥٩ ص ٢٤٤ ، يقول في ذلك « ... فلو عقد رهن المنقول فمعتبر واحدة في الأعمال المدنية والتجارية مع استثناء الاثبات والتنفيذ بالبيع الجبري » .

(٣) د. محسن شفيق : الوسيط في القانون التجاري ، الجزء الثاني ص ٥٤ - ٥٥ حيث يقول « ويكفي ان يكون الدين الذي يضمنه الرهن تجارياً بالنسبة الى أحد الطرفين سواء كان الدائن أو المدين حتى يكون الرهن تجارياً » .

(٤) د. محمود سميح الشرفاوي : القانون التجاري ، الجزء الثاني ط ١٩٨٤ ص ٣٨ .

الأصلي ويسقط بسقوطه أو بطلانه أو الوفاء به<sup>(٥)</sup> . ونصت المادة ٦٠ من قانون التجارة على أن : « الرهن التجاري الخاضع للقواعد المحددة فيما يلي يؤمن بموجبه الدين التجاري » .

ويمكن تعريف عقد الرهن بأنه تعهد المدين تسليم الدائن أو أي شخص متفق عليه شيئاً يجسبه لحين وفاء الدين الأصلي . وبذلك يكون من آثار هذا العقد تمتع الدائن المرتهن بالامتياز على ثمن الشيء المرهون ، بحيث لو تأخر المدين في الوفاء استوفى الدائن حقه من ثمن الشيء المرهون بعد بيعه جبراً دون مزاحمة سائر الدائنين<sup>(٦)</sup> ، وعرفه الدكتور علي جمال الدين عوض بقوله « أنه عقد يلتزم به شخص ضماناً لدين عليه أو على غيره أن يسلم إلى الدائن أو إلى أجنبي يعينه المتعاقدان شيئاً يوثق عليه للدائن حقاً عينياً يخوله حبس الشيء لحين استيفاء الدين ، وأن يتقدم الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في استيفاء حقه من ثمن هذا الشيء في أي يد يكون »<sup>(٧)</sup> .

#### ١٦٤- ماهية رهن الورقة التجارية :

ينصرف حديثنا في موضوع رهن الأوراق التجارية إلى تلك التي تتوافر فيها الخصائص الواردة في الفصل الأول من الباب الثالث لهذا المؤلف ، ونستذكر بإيجاز هذه الخصائص وهي : قابليتها للتداول بالطرق التجارية وتمثل حقاً يكون موضوعه مبلغاً من النقود ، ومعلن المقدار نقداً وغير معلق على شرط أو إلى أجل غير مسمى وتتضمن التزاماً ببلغ مبلغ من النقود

(٥) يعتبر عقد الرهن الذي يكون البنك طرفاً فيه تجارياً ذلك لأن تسمية هذا الرهن للالتزام الأصلي تكسبه هذه الصفة التي تلازم كل عمليات البنوك والتي اعتبرها المشرع تجارياً المادة ١/٦/٦ د من القانون التجاري الأردني والمادة ٧٦ من القانون التجاري المصري .

(٦) د. علي العريف : المرجع السابق ص ٢٤٥ .

(٧) د. علي جمال الدين عوض : المرجع السابق ص ١٠٦٩ . ويقول بشأن تجارية الرهن : « وقد رأينا أن محكمة النقض المصرية تعتبر كل قرض من البنك تجارياً دائماً أياً كان وضعه بالنسبة للمصيل ، ولهذا يعتبر الرهن - وهو تابع للدين الناشئ من القرض - تجارياً - وبالتالي خاضعاً لإحكام القانون التجاري تحكمها نصوص القانون المدني » .

في موعد معين . وإن كل ورقة تتوافر فيها الخصائص المذكورة تعد من الأوراق التجارية التي تقصد بها تحديثنا عن موضوع رهن الأوراق التجارية ، ونشير الى هذه الأوراق وفق نص المادة (١٢٣) من قانون التجارة رقم ١٢ لسنة ١٩٦٦ الذي ورد على النحو التالي :

« الأوراق التجارية هي اسناد قابلة للتداول بمقتضى أحكام هذا القانون وتشتمل على ما يلي » وأورد نص هذه المادة في فقراتها أ ، ب ، ج. ، د أمثلة للأوراق التجارية وذكر منها : سند السحب وسند الأمر ( السند الأذني ) والشيك والسند لحامله أو القابل للانتقال بالتظهير وتضمنت الفقرات ٢ ، ٣ ، ٤ من المادة (٦١) من قانون التجارة كيفية رهن الحقوق والأوراق التجارية والمالية .

وبشأن رهن الأوراق التجارية فقد نصت الفقرة (٢) من المادة (٦١) على أنه « يجري رهن السند الاسمي بمعاملة انتقال على سبيل التامين في سجلات المحل الذي أصدر السند وعلى السند نفسه » .

ونصت الفقرة (٣) من ذات المادة على ما يلي : « اما السند لأمر فيجري الرهن عليه بتظهير تدرج فيه عبارة ( القيمة وضعت تأميناً ) أو عبارة أخرى بالمعنى نفسه » .

مما تقدم يتضح أن عقد رهن الأوراق التجارية يتطلب بالإضافة الى الشروط العامة شروطاً خاصة هي بالنسبة للسند لأمر ان يتم تظهيره على نحو يدل على أن قيمة هذا السند تأميناً لدين بذمة صاحب الحق فيه « الرهن » .

ويثبت هذا الرهن وفق ما تثبت به الأعمال التجارية بكافة وسائل الإثبات .

أما بالنسبة لرهن الورقة التجارية فان المقعد المبرم بين الراهن والمرتهن عقد رضائي وهو تابع بمعنى أنه وجد لضمان الوفاء بالتزام

سابق ، ويسقط الرهن بحيث تنقضي الالتزامات التي تولدت عن العقد إذا انتهى الالتزام بسبب من أسباب الانقضاء ، ويحكم عقد الرهن بصفة عامة قواعد القانون العام وهو القانون المدني فيما يتعلق بشروط الانقضاء ، ولا يختلف الرهن التجاري عن الرهن المدني إلا في قواعد الاثبات والنفاز واجراءات التنفيذ(٨) .

فبالنسبة لقواعد الاثبات فكما أسلفنا يجوز اثبات الرهن التجاري بكافة وسائل الاثبات سواء بالنسبة للمتعاقد أو الغير - المادة (٦١) من قانون التجارة . أما الرهن المدني فلا يثبت بشهادة الشهود إذا كانت قيمته تزيد عن عشرة ذنابير(٩) .

وبالنسبة لاجراءات التنفيذ فيحق للدائن المرتهن مراجعة المحكمة المختصة عند عدم الدفع في ميعاد الاستحقاق ليستوفي دينه من ثمن المهرض بطريق الامتياز ، على أنه لا يجوز للمرتهن ان يملك المهرض أو يتصرف به بدون الاجراءات المحددة في المادتين ٦٦ - ٦٧ من قانون التجارة بالنسبة للرهن التجاري .

أما عملية رهن الورقة التجارية بعد ذاتها فهي عبارة عن اتفاق بين الراهن والمرتهن يتم بموجبه رهن الورقة شأن أي رهن آخر وفق الشروط الخاصة لذلك وتتم عملية الرهن بتظهير الورقة على نحو يفيد أن قيمتها ضمان لدين سابق بذمة الراهن .

ويحدد عقد الرهن الشروط بين الطرفين ، فقد يتفقان على رهن الورقة التجارية بحيث يتم تظهيرها الى المرتهن بصورة كاملة ( تظهيراً ناقلاً للملكية ) أو ( تظهيراً توكيلياً ) .

(٨) د. علي جمال الدين عوض : المرجع السابق ص ١٠٦٩ .

(٩) لا يتخذ رهن المنقول في حق النهر إلا اذا دون في ورقة ثابتة التاريخ النظر المادة ١٤٠٥ مدني أردني .

وكلل العقود ينتج عقد الرهن التزامات بين الطرفين . وهذه الالتزامات هي آثار العقد ، وتبدو في علاقة طرفي العقد ، وفي مواجهة الغير .

ونار التساؤل حول جواز رهن الشيك على اعتبار انه اداة ونا ، مستحق الدفع بمجرد الاطلاع ، وذهب رأي الى القول بعدم جواز ذلك لان ما يترتب على المرتهن من التزامات يظهر في المبادرة الى تحصيل قيمة الشيك وابقائها امانة لديه الى حلول أجل استحقاق دينه . وان الشيك يعبر عن نقود يمكن الحصول عليها فوراً ، وانه لذلك لم يبق فائدة من وضعه لدى المرتهن .

وذهب رأي آخر للقول بجواز رهن الشيك تأمينا للدين والسند في ذلك ، ان هناك مهلة قانونية للمستفيد من الشيك يمارس انشاءها حقة في مراجعة البنك لقبض قيمة الشيك ، وان هذه المهلة تكون صالحة لرهن الشيك . ونحن نؤيد الرأي الثاني ونضيف انه يجوز وضع الشيك تأمينا للدين اذا صدر مؤجل الدفع ، ونشير الى قرار محكمة التمييز رقم ١٠ في القضية رقم ٩٠/١٩٢ الذي تضمن ان الدعوى سابقة لاولها اذا اقيمت على صاحب الشيك قبل التاريخ المثبت على هذا الشيك(١٠) .

---

(١٠) تمييز جزء رقم ١٠ في القضية رقم ٩٠/١٤٩ صدر بتاريخ ١٩٩٠/٩/٨ غير منشور وورد فيه « وحيث ان ما ينطبق على واقعة التاريخ المثبت على الشيك لغايات حساب مدة مرور الزمن الجزائي ينطبق على واقعة التاريخ المثبت على الشيك لغايات تشو جريمة اخطاء شيك بدون رصيد ولغايات تطبيق القانون الجزائي بهذا التاريخ . وحيث ان التاريخ المثبت على الشيك هو ١٩٨٩/٩/٣٠ بينما قدمت التكرى من المشتكى لي ١٩٨٩/٢/٢٢ فانها تكون سابقة لاولها » .

## المبحث الثاني

### آثار عقد رهن الأوراق التجارية

١٦٥- فهي بالنسبة للتظهر التأميني تبدو في العلاقة بين طرفي عقد الرهن على نحو يجب أن يتم نقل الحيابة الى الرهن ، ولا ينتج عقد الرهن أثراً بين عاقديه اذا بقيت الورقة التجارية محل العقد في حيابة المدين (الراهن) (١) .

وعلى الدائن المرتهن ان يحل محل المدين ويستعمل جميع الحقوق الملازمة للورقة المرهونة ، ذلك لان حكم المادة (٦٢) من قانون التجارة يعلق حق امتياز مرتهن الورقة التجارية على تسليمها من الراهن ، وبذلك يمكنه تحصيل الحق المضمون بالرهن من المدين استيفاء لدينه ، ويؤيد ذلك حكم المادة (٦٥) من ذات القانون ، التي توجب على المرتهن (الدائن) أن يستعمل لحساب المدين جميع الحقوق الملازمة للمال المرهون ، على نحو القى هذا النص على عاتق الدائن واجب اتخاذ جميع الاجراءات القانونية اللازمة لتحصيل قيمة السند ، حتى لا يكون مهملًا ويسأل عن تمويض الضرر الناشئ عن هذا الإهمال (٢) .

أما بشأن رضا المدين في تسليم المال المرهون ، فان نص المادة ١/٦٢ من قانون التجارة أفقد عقد الرهن أحد الشروط الرئيسية في احداث أثره ، وهو عدم تسليم المال المرهون الى المرتهن ، لأن المرتهن يصبح غير قادر على مقاضاة الراهن للحصول على حكم بالزامه بتسليم الورقة التجارية التي كان الحق فيها محل عقد الرهن ، وتفسير ذلك أن الاختلاف

(١) انظر المادة ١/٦٢ من قانون التجارة الأردني " انظر د. علي الحريف : شرح القانون التجاري المصري ط ١٩٥٩ ص ٢٤٥ ويقول " وكل ما ممالك اذا ماطل المدين في التسليم فيجوز التفاوض والزامه بهذا التسليم كتقليد للعقد " .

(٢) انظر د. علي جمال الدين عوض : المرجع السابق ص ١٠٩١ .

بين عقد البيع ، وعقد الرهن يتضح في التسليم ، إذ أن الالتزام بالتسليم في عقد البيع أثر من آثار العقد الذي انعقد صحيحاً ولا بد أن ينتج آثاره التي منها الالتزام بالتسليم والالتزام بدفع الثمن والضمان ( الاستحقاق والتعرض والعيوب الخفية ) . أما الالتزام بتسليم الشيء المرهون فهو شرط لا بد منه لكي يصبح العقد لازماً ، لأنه إذا تخلف التسليم بقي العقد غير لازم .

وإن عدم تسليم المرهون إلى الراهن ( نقل الحيازة ) يؤدي إلى أن هذا العقد لا يحدث أثراً باعتباره رهن ، ويؤيد قولنا نص المادة ١٣٧٥ من القانون المدني التي وردت على النحو التالي : « يشترط لتمام الرهن الحيازي ولزومه أن يقبضه الدائن أو العدل ، وللراهن أن يرجع عن الرهن قبل التسليم » .

وتفسير ذلك أن القبض في الرهن هو شرط لتمام العقد ولزومه ، ولزوم العقد وعدمه نصت عليه المادة ١٧٦ من القانون المدني حيث وردت كما يلي :

١٥ - يكون العقد غير لازم بالنسبة إلى أحد عاقدية أو لكليهما رغم صحته وفقاده إذا شرط له حق فسخه دون تراض أو تقاض . . .

وبذلك يكون عدم تسليم الشيء المرهون خياراً للراهن أن شاء سلمه للمرتهن فيصبح العقد لازماً وإن شاء لم يسلمه ليبقى غير لازم وقد ورد نص المادة ١٠٩٩ من القانون المدني المصري على عكس ما تقدم حيث جاء كما يلي :

١٥ - على الراهن تسليم الشيء المرهون إلى الدائن أو إلى الشخص الذي عينه للتعاقدان لتسلمه .

٢ - ويسري على الالتزام بتسليم الشيء المرهون أحكام الالتزام بتسليم الشيء المبيع . . .

ومن ذلك يتضح أن شرط التسليم هو أثر من آثار عقد الرهن شأنه شأن تسليم المبيع ، يلتزم به البائع كآثر لعقد البيع ، لذلك كان الحكم



في القانون المدني المصري يختلف عنه في القانون المدني الأردني وفق ما أسلفنا من حيث ان القانون المصري أجاز للمرتهن مقاضاة الرهن لأجباراً على تسليم الشيء المرهون بينما اعتبر المشرع الأردني عقد الرهن غير منتج لآثاره اذا لم يتم نقل حيازة الشيء المرهون الى المرتهن وإبقاءه غير لازم ولو أنه انعقد صحيحاً \*

أما آثار العقد بالنسبة للغير الذي ليس طرفاً في عملية «الرهن» فإن تظهير الورقة التجارية على سبيل الرهن يأخذ حكم التظهير الناقل للملكية، إذ يجوز للمظهر اليه المطالبة بقيمة الورقة، وله حق التمسك في مواجهة هذا الغير بكل ما يجوز له ان يتمسك به ضد المظهر اليه وهذا ما قرره محكمة النقض المصرية حيث ورد في حيثيات حكمها الصادر عام ١٩٦٧ ما يلي : « ومتى استوفى التظهير التأميني شرائط صحته فإنه يعتبر ، في علاقة المظهر بالمظهر اليه رهناً تجرى عليه جميع قواعد الرهن وآثاره ، وإنما في علاقة المظهر اليه بالمدين ( في الورقة ) فيقع ثلماً ناقلاً للملكية السند الى المظهر ، وليس للمدين ان يحتج في مواجهته بأن التظهير قد تم على سبيل الرهن أو ينكر عليه حقه في استيفاء قيمة السند (٣) ».

#### ١٦٦- استيفاء الدين المضمون بالرهن :

يتم الوفاء بأحدى طريقتين :

**الأولى :** أن يقوم المدين بوفاء الدين الذي رهن الورقة التجارية لضمائنه ، وبهذه الحالة يتوجب على الدائن المرتهن ان يرد الورقة التجارية الى المدين لتتقضى الالتزامات التي رتبها عقد الرهن وتشمل العلاقة التعاقدية فيما بين الرهن والمرتهن \*

**الثانية :** ان يستوفى المرتهن دينه من الحق الثابت في الورقة التجارية، ويتم ذلك على النحو التالي : اذا حل أجل استحقاق قيمة الورقة

(٣)ظر حكم النقض المصري \* مجبوعة أحكام النقض عدد ١٥ تاريخ ١٦/١٠/١٩٦٨ \*

التجارية في ذات موعد أجل الدين المضمون بها ولبض الدائن قيمة الورقة فله أن يستوفي من قيمتها حقه والمصاريف ، ورد الباقي ان وجد الى الراهن .

أما اذا حل أجل استحقاق الورقة التجارية قبل حلول أجل الدين المضمون ، فعلى الدائن المرتهن ان يتقدم من المدين والمتضامنين في الورقة التجارية لمطالبتهم بالوفاء ، حتى اذا حصل من احدهم على قيمتها فله ان يستوفي حقه من هذه القيمة في وقت استحقاقه . وهذا يعني ان له أن يستبقى قيمة الورقة التجارية عنده كضمان لحين حلول أجل استحقاق دينه منه (٤) .

وهكذا فان الدائن يمكنه استيفاء حقه باحدى الطرق التالية :

أ - ان يقوم المدين بوفاء الدين الى الدائن ويسترد الورقة المرهونة .

ب - ان يتزامن موعد أجل استحقاق الدين مع موعد أجل استحقاق قيمة الورقة فيستوفي الدائن حقه من قيمة الورقة اذا تم الوفاء من قبل المدين به .

ج - ان يحل أجل استحقاق قيمة الورقة التجارية قبل أجل الدين ويستوفي الدائن هذه القيمة من المدين بها ويستبقى لديها لحين حلول أجل دينه ، فيستوفيه ويرد الباقي الى المدين .

---

(٤) انظر د . محسن شليق : المرجع السابق ص ٢٩٥ .

د . على جمال الدين عوشي : المرجع السابق ص ١٠٩٥ ويرى أن الدائن يلزم بفوائد المبلغ الذي استوفاه من المدين بالورقة التجارية بالسعر اللاتواني الى حين رد الباقي الى الراهن . ويرى كذلك ان المدين ليس بمقدوره ان يلزم الدائن لاستيفاء حقه ورد الباقي فوراً . ويرى ان الدائن لا يلزم بفوائده المبلغ الا من تاريخ مطالبة المدين له بذلك وبهذه الحالة يكون من حقه ان يستوفي دينه ويرد الباقي .

## ١٦٧ - استبدال المال المرهون :

إذا كان الشيء المرهون لصالح المبتك من المثليات فإنه يمكن استبدال غيره به ، شريطة أن يكون من ذات النوع والمقدار ، وأن لا يؤدي هذا الاستبدال الى انقضاء الرهن . وورد نص المادة ١٤٠٦ من القانون المدني يجيز للمحكمة بيع المرهون إذا لم يقدم الراهن للمرتهن تأميناً آخر في حالة اصابة الشيء المرهون بالهلاك أو نقص في القيمة ، وبهذا الحكم يتمين على المرتهن اعلام الراهن بالعيب الذي اصاب الشيء المرهون حتى اذا لم يبادر الأخير الى تقديم غيره يتم بيع المرهون عن طريق المحكمة بناء على طلب أي من الطرفين ، وينتقل حق الدائن في هذه الحالة الى الشئس (٥) .

---

(٥) انظر نص المادة ١٤١٩ من القانون المدني ، « تسري أحكام رهن المقتول حيازياً على رهن الدين بما لا يتعارض مع الأحكام السابقة » وتجدد الإشارة بأن المواد ١٤٠٩ - ١٤١٨ من القانون المدني تضمنت أحكام رهن الديون وجاء في المادة ١٤٠٩ أن « من رهن ديناً له يلزمه أن يسلم الى المرتهن السند المثبت لهذا الدين » .

## الغاتمة

ناقشنا في هذا المؤلف الجزء الأول من عمليات البنوك ، واشتمل على ثلاثة أبواب أوردناها في نطاق الاعتماد المصرفي بالضمان وهي الكفالة المصرفية وخطابات الضمان وخصم وتحصيل ورهن الأوراق التجارية .

ودار حديثنا في الباب الأول حول التزام البنك كضامن لعميله بمناسبة إصداره كفالة لصالح شخص آخر بناء على طلب العميل الذي التزم بتقديم هذه الكفالة بموجب عقد مع المستفيد هو عقد الأساس ، وحددنا خصائص الكفالة والتزامات اطراف العلاقة القانونية وهم العميل والبنك والمستفيد ، وانهينا هذا الباب بالحديث عن انقضاء الالتزامات التي انشاها عقد الكفالة وكذلك الالتزامات فيما بين البنك والعميل .

وفي الباب الثاني حددنا ماهية خطابات الضمان وطبيعتها القانونية وموقف الفقه والقضاء والتشريع منها ، وبيننا أوجه الشبه والخلاف بينها وبين عمليات البنوك وخاصة بينها وبين الكفالة المصرفية ، كما ناقشنا الخصائص المميزة لخطابات الضمان ، ولوضحنا على أساسها التزامات اطراف عملية هذه الخطابات ، وتصدينا بالحديث عن انقضاء هذه الالتزامات .

وتوخينا أثناء الحديث عن موضوع الباب الثاني ( خطابات الضمان ) ان نشير الى العلة التي كانت سبباً في استمرار سيطرة الروح التقليدية البحتة التي أقحمت كل الظواهر القانونية والتطورات العلمية والتكنولوجية في نطاق الأنظمة التقليدية ، وان هذه السيطرة للروح التقليدية كانت تؤدي الى تفسير عمليات البنوك ضمن نطاق مبادئ القانون المدني على نحو يعبر عن نهج غير سليم ، وهو ما يؤدي بالتالي الى تشويه صورة التعامل المصرفي والحد من حرية التجارة المصرفية واسهامها في التنمية الاقتصادية ، بالاضافة الى البطء في التوصل الى رد هذه العمليات الى الأسس القانونية التي تلائمها بدون تعقيد .

وفي الباب الثالث : ناقشنا الاعتماد المصرفي بالضمان في مجال الأوراق التجارية من حيث خصصها وتحصيلها ووهنها ، وابتدئنا على الأسس القانونية المستمدة من المبادئ العامة في القانون التي ترتد إليها تلك العمليات . ولاحظنا ان الظواهر القانونية للخصم والتحصيل والرهن لا تتناقض مع الاحكام القانونية في القانون المدني ، وان المبادئ الواردة تكفي لان تغطي أحكامها ما يمكن ان يثور من منازعات بين اطراف العلاقات التي تنشأ عن الأوراق التجارية وخاصة اطراف عقد الخصم وعقد التحصيل وعقد الرهن .

وأخيراً . نجد من الواجب القول اننا في زمن اقتربت فيه المسافات بين أقاليم العالم بصورة كبيرة ، وزادت صلة هذا العالم وتشابكت علاقاته ، وتسير هذه العلاقات وفق حقائق علمية في الحياة بشكل سريع وبصورة متغيرة .

ولا ينبغي استقرار الأحكام القانونية والنصوص الجامدة في القانون عن بذل المزيد من الجهد لتأدية الاجتهاد والبحث ، وان قعود الفقه والقضاء عن السعي لمعالجة مستجدات عمليات البنوك وفق التطورات العلمية أمر يؤدي في معظم الأحيان الى اضطراب اقتصادي ينتج دائماً عن التناقض فيما بين الظواهر القانونية وهي العلاقات المتجددة الناشئة عن ممارسة البنوك لأعمالها وبين الأحكام القانونية المستقرة .

المؤلف

الدكتور محمود الكيلاني

الأردن - عمان



انتهى الجزء الاول بعون الله





## قائمة المراجع

- د. أحمد حسني : قضاء النقص التجاري ، ط ١٩٨٧ .
- د. أحمد زكي وفاروق غلاب : خطابات الضمان أو الكفالات المصرفية، بحث مقدم الى مؤتمر المحامين العرب السادس ، القاهرة ، ١٩٦١ .
- الاستاذ أحمد فتحي زغلول : شرح القانون المدني ، ١٩١٣ .
- د. اندوار عيد : العقود التجارية وعمليات المصارف ، ١٩٦٨ .
- د. بفراني نجاة : الائتمان المصرفي بطريق التوقيع ، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، ١٩٨٨ .
- د. توريه توفيق : وكالة تحصيل وضممان الحقوق التجارية ، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، ١٩٨٨ .
- د. جميل الشرفاوي : النظرية العامة للالتزام ، ١٩٨١ .
- د. حسن حسني : عقود الخدمات المصرفية ، ١٩٨٦ .
- د. حسني المصري : اندماج الشركات وانقسامها ، ١٩٨٦ .
- د. حسين نجم الدين : تطور الاقتصاد الدولي ، ١٩٨٤ .

- د. حياة شحاته : مخاطر الائتمان في البنوك التجارية ، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، ١٩٨٩ •
- د. رضا عبيد : القانون التجاري ، ١٩٨٧ •
- د. سليمان مرقس : عقد الكفالة ، ١٩٥٩ •
- ـ الوافي في شرح القانون المدني ، ١٩٨٥ •
- د. سميحة القليوبي : القانون التجاري ، عمليات البنوك ، الأوراق التجارية ، ١٩٨٦ •
- ـ الموجز في القانون التجاري ١٩٨٧ •
- ـ النظام القانوني لخطابات الضمان المصرفية ، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد ، سنة ١٩٧٥ •
- الاستاذ سويلم نصير : الكفالة المدنية والكفالة المصرفية ( خطاب الضمان ) محاضرات ١٩٨٨ غير منشورة •
- د. عبدالرزاق بويندير : الأسباب القانونية والاختيارية لانقضاء الوكالة التجارية ، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، ١٩٨٩ •
- د. عبدالرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء الثالث •
- ـ النظرية العامة للالتزامات ، ١٩٣٤ •

- د. عبدالودود يحيى : عقد الكفالة ، ١٩٦٠ .
- د. عدنان الهنتي ومحمد جاسر : نشأة وتطور التشريع المصرفي في الأردن ، ١٩٨٢ .
- د. علي البارودي : العقود وعمليات البنوك التجارية ، ١٩٨٨ .
- الأوراق التجارية والافلاس ١٩٧٧ .
- د. علي جمال الدين عوض : عمليات البنوك من الوجهة القانونية ، ١٩٨٩ .
- خطايات الضمان المصرفية ، ١٩٩١ .
- د. علي حسن يونس : العقود التجارية وعمليات البنوك .
- د. علي لطفي : التطور الاقتصادي ، ١٩٨٢ .
- د. علي العريف : شرح القانون التجاري ، الجزء الاول ، ١٩٥٩ .
- د. محسن شليق : الموجز في القانون التجاري ، ١٩٦٦ .
- د. محمد توفيق السعودي : تغير الشكل القانوني للشركات ذات المسؤولية المحدودة ، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، ١٩٨٨ .
- د. محمد حسني عباس : عمليات البنوك ، ١٩٦٨ .
- د. محمد حسين اسماعيل : القانون التجاري ، ١٩٨٥ .

- د. محمد سعيد النابلسي : الجهاز المصرفي في عهد امارة شرقي الأردن وحتى انشاء البنك المركزي ١٩٢١ - ١٩٦٤ ، غير منشور .
- د. محمد الشحات الجبني : فقه التعامل المالي والمصرفي الحديث ، ١٩٨٨ .
- د. محمد شوقي شاهين : الشركات المشتركة ، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، ١٩٨٧ .
- د. محمد عجمية وصبيحي تادرس : النقود والبنوك والتجارة الخارجية ، ١٩٦٧ .
- د. محمد كامل أمين ملش : موسوعة الشركات ، ١٩٨٠ .
- د. محمد كامل مرسي : العقود المسماة ، ١٩٥٢ .
- د. محمود سمير الشرفاوي : القانون التجاري ، الجزء الثاني ، ١٩٨٤ .
- د. محمود الكيلاني : عقود التجارة الدولية في مجال نقل التكنولوجيا ، ١٩٨٨ .
- القانون التجاري الاردني . الاوراق التجارية ، ١٩٩٠ .
- د. محمود مختار البربري : المسؤولية التقصيرية للمصرف ، ١٩٨٦ .
- د. مراد منير فهم : العقود التجارية وعمليات البنوك ، ١٩٨٢ .

- د. مصطفى كمال طه : الوجيز في القانون التجاري ، ١٩٧٣ .
- الاستاذ معوض عبدالنواب : مدونة القانون المدني ، الجزء الثاني ، ١٩٨٧ .
- د. منصور مصطفى منصور : عقد الكفالة ، ١٩٦٠ .



- G. Petit Dutaillis** : Le resque du Credit bancaire.
- Hamel** : Bon ques et operations de banque tom 2.
- J. Letoux** : Le Contrat de Factoring. these. Renn. 1977.
- M. Dubisson** : Le droit de Saisir les garanties ban - Caires emises dans Les Marches internationaux - J. C. P. - 1982.
- Vasseur Michel** : Banquier en 1983. 2. Revue Banque. Mars - 1983.
- Vivant** : Le Fondement Juridique des obligations, abstraites. 1975.



- Henry P. de vries** : International Contract. ed - 1983.
- Rostan. M. Kavoussi** : International trade and economic developing Countries. the Journal of developing areas vol. 19 ' no. 3 ' April. 1985.

## الفهرس

٧

تصدير

### مقلمات

- ٩ - تعريف البنوك التجارية
- ١١ - أهمية البنوك في النظام الاقتصادي
- ١٢ - الوظائف الاقتصادية للبنوك
- ١٤ - التطور التاريخي للبنوك في الأردن
- ١٦ - التعريف بعمليات البنوك - تنوعها وتجديدها
- ١٩ - نشأة الائتمان المصرفي وتطوره
- ٢١ - تجارية عمليات البنوك
- ٢٢ - خطة البحث

## الباب الأول

### الكفالات المصرفية

٢٥

تمهيد

### الفصل الأول

#### ماهية الكفالة المصرفية

- ٢٨ - البحث الأول - خصائص الكفالة المصرفية
- ٢٨ الكفالة المصرفية عقد ملزم لجانب واحد

- ٢٩ الاعتبار الشخصي في الكفالة المصرفية
- ٣٠ الرضائية في عقد الكفالة المصرفية
- ٣١ عقد الكفالة المصرفية عقد تابع
- ٣٣ تجارية عقد الكفالة المصرفية
- ٣٦ **المبحث الثاني** - نطاق الكفالة المصرفية
- ٣٨ **المطلب الأول** - أوجه استخدام الكفالات المصرفية
- ٣٨ الكفالات الجمركية
- ٤٠ الكفالات المصرفية في مجال المطامات
- ٤٠ الكفالات المؤقتة والنهائية
- ٤١ صور أخرى للكفالات
- ٤٢ تطبيقات أوجه استخدام الكفالات المصرفية
- ٤٣ **المطلب الثاني** - الكفالات الخارجية الوطنية والأجنبية
- ٤٤ الكفالة الواردة بناء على طلب شخص غير مقيم
- ٤٧ الكفالة بناء على طلب عميل مقيم
- ٤٩ **المطلب الثالث** - حدود التزام البنك في الكفالة المصرفية
- ٥٠ حالة جهل الكفيل بطلان الالتزام الأصلي
- المبحث الثالث** - أوجه الشبه والخلاف بين الكفالة المصرفية
- ٥٤ وغيرها من عمليات البنوك
- ٥٥ **المطلب الأول** - الكفالة المصرفية وعقد تأمين الضمان
- ٥٧ **المطلب الثاني** - الكفالة المصرفية والاعتماد المستندي المزيّد

- ٦١ المطلب الثالث - الكفالة المصرفية وعمليات البنوك الأخرى
- ٦١ - الحساب الجاري
- ٦١ - الضمان الابتدائي والنهائي
- ٦٢ - خطاب التزكية
- ٦٣ - التمسك عن الغير
- ٦٤ - الوكيل بالعمولة الضامن
- ٦٧ مطلب خاص - الكفالة المصرفية وخطابات الضمان

## الفصل الثاني

### الأساس القانوني للكفالة المصرفية

- ٧٣ المبحث الأول - الشروط العامة في عقد الكفالة المصرفية
- ٧٤ المطلب الأول - الأهلية والرضا في عقد الكفالة المصرفية
- ٧٦ المطلب الثاني - المحل
- ٧٩ المطلب الثالث - السبب
- ٨١ المبحث الثاني - النظام القانوني للكفالة المصرفية
- ٨٢ المطلب الأول - مراحل إبرام عقد الكفالة المصرفية
- ٨٢ ١ - دراسة العملية ومخاطرها
- ٨٣ ٢ - دراسة المركز المالي للعميل
- ٨٤ ٣ - دراسة شخصية العميل
- المطلب الثاني - الالتزامات السابقة على التعاقد في عقد الكفالة المصرفية
- ٨٥



- المطلب الثالث - إبرام العقد ٨٩
- المبحث الثالث - آثار عقد الكفالة المصرفية ٩١
- المطلب الأول - التزامات البنك الكفيل وحقوقه ٩٢
- المطلب الثاني - التزامات الدائن وحقوقه ٩٤
- المطلب الثالث - العلاقة فيما بين البنك الكفيل والمدين ٩٥

## الفصل الثالث

### انقضاء عقد الكفالة المصرفية

- المبحث الأول - الأسباب القانونية لانقضاء عقد الكفالة المصرفية ٩٨
- المطلب الأول - الوفاء والإبراء ٩٩
- الوفاء سبب لانقضاء الكفالة المصرفية ١٠٠
- الإبراء سبب لانقضاء الكفالة المصرفية ١٠٠
- المطلب الثاني - الإخلال في التنفيذ وفسخ العقد ١٠٣
- المطلب الثالث - اتحاد الذمة والمقاصة والتقدم ١٠٩
- اتحاد الذمة ١٠٩
- المقاصة ١١٠
- التقدم ١١٢
- المبحث الثاني - الأسباب الاتفاقية لانقضاء الكفالة المصرفية ١١٣
- المطلب الأول - المصالحة ١١٤
- المطلب الثاني - الإحالة ١١٧

- المطلب الثالث - التجديد ١٢٠
- المبحث الثالث - الأسباب الخاصة لانقضاء الكفالة المصرفية ١٢٣
- التغير الطارئ على الكفيل ١٢٣
- التغير الطارئ على المكفول ١٢٤
- وفاة الكفيل ١٢٤
- تأخر الدائن في اتخاذ الاجراءات القانونية ١٢٥
- تغير الشكل القانوني للكفيل ١٢٥

## الباب الثاني

### خطابات الضمان

- تمهيد ١٢٩

## الفصل الأول

### ماهية خطابات الضمان المصرفية

- المبحث الأول - مفهوم خطابات الضمان المصرفية ١٣٦
- المطلب الأول - مدلول خطابات الضمان المصرفية ١٣٧
- المطلب الثاني - تعريف خطابات الضمان المصرفية ١٤٠
- المطلب الثالث - أهمية خطابات الضمان المصرفية ووظيفتها ١٤٥
- المبحث الثاني - موقف الفقه والقضاء والتشريع من خطابات الضمان المصرفية ١٤٨
- المطلب الأول - موقف الفقه من خطابات الضمان المصرفية ١٤٩

**المطلب الثاني - موقف القضاء من خطابات الضمان المصرفية ١٥٥**

- ١٥٥ - القضاء الفرنسي
- ١٦٠ - القضاء الإنجليزي
- ١٦١ - القضاء الهولندي
- ١٦٢ - القضاء الألماني
- ١٦٢ - القضاء السويسري
- ١٦٤ - القضاء المصري
- ١٦٩ - القضاء الأردني

**المطلب الثالث - موقف التشريع من خطابات الضمان المصرفية ١٧٢**

- ١٧٢ - القانون الفرنسي
- ١٧٣ - القانون المصري
- ١٧٤ - القانون الأردني
- ١٧٥ - القانون العراقي
- ١٧٦ - القانون الكويتي
- ١٧٦ - القواعد الموحدة لغرفة التجارة الدولية

**المبحث الثالث - الأساس القانوني لخطابات الضمان ١٨٢**

**المطلب الأول - الخصائص المميزة لخطابات الضمان ١٨٣**

- ١٨٤ - استقلال الالتزام في خطابات الضمان
- ١٨٨ - موضوع الالتزام في خطابات الضمان
- ١٩٠ - خطاب الضمان ذو كفاية ذاتية

المطلب الثاني - اطراف العلاقة في خطابات الضمان المصرفية ١٩٣

١٩٣ - علاقة الأمر بالمستفيد

١٩٣ - علاقة الأمر بالبنك

١٩٤ - علاقة البنك بالمستفيد

المطلب الثالث - الطبيعة القانونية لخطابات الضمان المصرفية ١٩٧

١٩٩ - خطابات الضمان صورة من صور الكفالة

٢٠٢ - نظرية الإنابة القاصرة

٢٠٥ - نظرية الاشتراط لمصلحة الغير

٢٠٦ - نظرية الإرادة المنفردة

## الفصل الثاني

### أنواع خطابات الضمان المصرفية

المبحث الأول - خطابات الضمان المشروطة وغير المشروطة ٢١١

٢١٢ المطلب الأول - خطابات الضمان المشروطة

٢١٧ المطلب الثاني - خطابات الضمان غير المشروطة

المبحث الثاني - خطابات الضمان الابتدائية والنهائية ٢١٩

٢٢٠ المطلب الأول - خطابات الضمان الابتدائية

٢٢٢ المطلب الثاني - خطابات الضمان النهائية

المبحث الثالث - خطابات الضمان الداخلية والخارجية ٢٢٣

٢٢٤ المطلب الأول - خطابات الضمان الداخلية

٢٢٦ المطلب الثاني - خطابات الضمان الخارجية

## الفصل الثالث

### آثار خطابات الضمان المصرفية

- ٢٣٦ المبحث الأول - العلاقة بين العميل والمستفيد
- ٢٤٠ المبحث الثاني - العلاقة بين العميل والبنك
- ٢٤٠ - التزامات البنك في مواجهة العميل
- ٢٤٣ - التزامات العميل في مواجهة البنك
- ٢٥٣ المبحث الثالث - العلاقة بين البنك والمستفيد
- ٢٥٧ المطلب الأول - التزام البنك بدفع قيمة خطاب الضمان
- ٢٦٥ المطلب الثاني - المطالبة بالدفع وتمديد مدة خطاب الضمان
- ٢٦٥ - المطالبة بالدفع
- ٢٦٨ - تمديد مدة خطاب الضمان
- ٢٧٥ المبحث الرابع - الحجز على قيمة خطاب الضمان
- ٢٧٦ - الحجز بناءً على طلب العميل
- ٢٧٧ - الحجز بناءً على طلب دائني العميل
- ٢٧٧ - الحجز بناءً على طلب دائني المستفيد
- ٢٧٨ - عدم جواز الحجز على قيمة خطاب الضمان
- ٢٧٩ - تطبيقات قضائية
- ٢٨١ - مدى جواز الحجز على غطاء خطاب الضمان

## الفصل الرابع

### انقضاء الالتزام في خطابات الضمان

- ٢٨٣ - انقضاء التزام البنك بالوفاء
- ٢٨٣ - انقضاء التزام البنك بغير الوفاء
- ٢٨٥ - انقضاء التزام البنك بإعادة خطاب الضمان
- ٢٨٥ - انقضاء التزام البنك باستحالة التنفيذ
- ٢٨٦ - انقضاء التزام البنك بمرور الزمان
- ٢٨٧ - نتائج انقضاء الالتزام في خطاب الضمان

## الباب الثالث

### الأوراق التجارية في نطاق عمليات البنوك

#### الفصل الأول

#### خصم الأوراق التجارية

- ٢٩٣ المبحث الأول - ماهية خصم الأوراق التجارية
- ٢٩٤ - مدلول خصم الأوراق التجارية
- ٢٩٧ - أطراف عقد خصم الأوراق التجارية
- الطبيعة القانونية لعملية خصم الأوراق التجارية
- ٢٩٨

- المبحث الثاني - آثار عقد خصم الأوراق التجارية ٣٠٠
- تعريف عقد الخصم ٣٠٠
- التزامات اطراف عقد خصم الأوراق التجارية ٣٠١
- انقضاء الالتزامات الناشئة عن عقد الخصم ٣٠٣

## الفصل الثاني

### تحصيل الأوراق التجارية

- المبحث الأول - طبيعة عملية تحصيل الأوراق التجارية ٣٠٧
- التكيف القانوني لعملية تحصيل الأوراق التجارية ٣٠٨
- طرق تحصيل الأوراق التجارية ٣٠٩
- العلاقة بين اطراف عملية تحصيل الأوراق التجارية ٣١٠
- المبحث الثاني - آثار عقد تحصيل الأوراق التجارية ٣١٢
- التزامات البنك الوكيل ٣١٢
- التزامات العميل الموكل ٣١٣

## الفصل الثالث

### رهن الأوراق التجارية

- المبحث الأول - طبيعة عملية رهن الأوراق التجارية ٣١٩
- أحكام الرهن ٣٢٠
- ماهية رهن الورقة التجارية ٣٢١

٣٢٥	المبحث الثاني - آثار عقد رهن الأوراق التجارية
٣٢٧	— استيفاء الدين المضمون بالرهن
٣٢٩	— استبدال المال المرهون
٣٣٠	الخاتمة
٣٣٥	قائمة المراجع
٣٤٠	الفهرس



موافقة دائرة المطبوعات والنشر

رقم الاجازة المتسلسل ١٩٩٢/٤/٢٢١

رقم الايداع لدى المكتبة الوطنية

١٩٩٢/٤/٢٤١

## خطا بني البشر من أعظم العبر

### « تصويب أخطاء »

الخطأ	الصواب	الصفحة	السطر
بصورة	بصور	٢٥	٨
كفيل	كفيلاً	٤٦	١٤
المتضامين	المتضامين	٥٩	١
باستلام	باستقلال	٦٩	١٨
الآخر	الآخر	٨٦	٣
خطابات	الخطابات	١٣٢	١٨
إبراهيم	إبرام	١٣٢	١٩
اعتماد	اعتمادا	١٤٦	١١
العميل	العمل	١٥٧	٢١
كل	كلاً	٢٣٣	١٧
رتبتها	رتبها	٢٣٧	١٧
واخير	واخيراً	٢٦٤	٢١
يكون	ان يكون	٢٧١	٢٤



## المؤلف

- ١ - عقود التجارة الدولية في مجال نقل التكنولوجيا ١٩٨٨
- ٢ - القانون التجاري الأردني - الأوراق التجارية ١٩٩٠
- ٣ - عمليات البنوك - الجزء الأول - الكفالات المصرفية وخطابات الضمان ١٩٩٢
- ٤ - تصفية الشركات والبنوك يصدر بنهاية عام ١٩٩٢

الناشر : دار الجيب للنشر والتوزيع - عمان : الأردن

هاتف ٦٩٢٥٤٠ - فاكس ٦٩٢٥٤١ - ص.ب ٩٥٠٥٦٥

Bibliotheca Alexandrina



0171654

مكتبة الإسكندرية

عن النسخة ستة دنانير